Erörterungen praktischer Rechtsfragen

aus dem

gemeinen und Sächsischen

Civilrechte und Civilprocesse,

mit Beziehung

auf die darüber vom Königl. Sächs. Appellations-Gericht ertheilten Entscheidungen.

Von

Dr. August Siegmund Kori,

Königl. Sächs. Appellations-Rath.

Dritter Theil.

Dresden und Leipzig,

in der Arnoldischen Buchhandlung.

1833.

Vorrede.

Die Versetzung des Herrn Hof= und Justitien=Ra-
thes von Langenn als Königl. Commissars nach Leip-
zig hat denselben außer Stand gesetzt, an Bearbeit-
ung der praktischen Rechtsfragen fernerhin Theil zu
nehmen, daher ist gegenwärtiger dritter Theil dersel-
ben bloß meine Arbeit.

Zur Berichtigung der Vorrede des zweiten Thei-
les ist zu bemerken: daß der Herr Hofrath von Lan-
genn auch noch die XIX. Erörterung des I. Theils
ausgearbeitet hat.

In der Vorrede zum ersten Theil dieser Erörter-
ungen ist auf den Nutzen, welchen ein in Entscheidung
zweifelhafter Rechtsfragen sich gleichbleibender Gerichts-
brauch den Staatsbürgern gewährt, aufmerksam ge-
macht worden. Damit hat jedoch nicht ein starres
Festhalten an solchen Präjudicien in einer Spruchbe-
hörde gebilligt werden sollen, die sich aus überwie-
genden Gründen als den Gesetzen und dem Rechts-
system widersprechend darstellen. Es giebt allerdings
selbst unter höher gestellten Staatsbeamten, welche den

Ruf gründlicher Rechtswissenschaft mit Recht verdienen, so große Verehrer des einmal hergebrachten Gerichtsbrauchs für Entscheidung streitiger Rechtsfragen, daß sie daran unbedingt festhalten, sollten auch die Gründe solcher herkömmlichen Entscheidungen gänzlich unhaltbar und sie selbst von der Unrichtigkeit der untergelegten Entscheidungen überzeugt seyn. Sie gehen nemlich davon aus: daß ein Verlassen der bisherigen Präjudicien einer Spruchbehörde die Parteien, welche sich gleich bei Anstellung der Klage auf das in dem Spruchcollegium recipirte Princip über die streitige Frage verließen, irre führe, durch Verlust ihres Processes ihnen einen vergeblichen Kosten-Aufwand zuziehe und das Ansehen der Spruchbehörde selbst beeinträchtige. Allein, so gut dieß auch gemeint ist, liegt hier doch ein Irrthum zum Grunde und eine nähere Beleuchtung dieses Gegenstandes wird darthun, daß das Festhalten ganz unhaltbarer Präjudicien, welche den Gesetzen geradezu widersprechen und entweder durch gar keine Gründe zu rechtfertigen sind, oder wofür nur spitzfindige Scheingründe sich anführen lassen, die proceßführenden Theile weit öfterer irre führe und in Nachtheil versetze, auch der Autorität der Spruchbehörde, besonders der in letzter Instanz entscheidenden, ja der Gesetze und der Gesetzgebungsbehörde viel größern Abbruch thue, als in jenem umgekehrten Fall. Sprechen nemlich überwiegende Gründe: klare Gesetze, richtige Auslegung derselben, schlußgerechte Analogie, allgemeine unbezweifelte Rechtsregeln, wider die Richtigkeit der bei Justizbehörden recipirten Meinungen, so läßt sich wohl voraussetzen, daß die

richtigere Meinung durch das Gesetz selbst, durch die Vorlesungen darüber auf der Universität und durch die Schriften der Rechtsgelehrten sich beim Volke festgestellt habe, und man sich darauf verlasse, da hingegen die anomalischen Präjudicien einer Spruchbehörde nur in den unter den betreffenden Parteien ergangenen Acten verborgen bleiben, nur den dabei concurrirenden Advocaten und zufällig einigen andern von erstern davon unterrichteten Personen bekannt, aber auch selbst von diesen nicht selten wieder vergessen werden. In Druckschriften werden solche unhaltbare Präjudicien aus von selbst einleuchtenden Gründen seltener erwähnt, oder nur: um sie zu widerlegen, wenn dafür wenigstens einige Scheingründe sprechen. Doch giebt es auch solche, welche auf ganz trivieller Basis beruhen und zugleich der Natur der Verhältnisse im Leben widerstreiten. Beispiele solcher theils ganz unbegründeter, theils sehr leicht zu widerlegenden Entscheidungen inn- oder ausländischer, höherer oder niederer Spruchbehörden sind: daß versprochene Zinsen unter 5 Procent selbst nach eingetretenem Verzuge auf ihren geringern Betrag zu beschränken seyen; daß auf Beweis eines schlüßigern Klagvorbringens, als die bereits erhobene Klage enthielt, interloquirt werden könne, (womit das ganze erste rechtliche Verfahren für überflüßig erklärt und der Anfang des Processes sofort in das Beweisverfahren versetzt wird! [*]); daß die Adquisitiv-Verjährung der Ser-

*) Indeß hat auf eingewandte Appellationen gegen solche Interlocute das Königl. Sächs. Appellati-

vituten und ähnlicher Rechte durch außergerichtlichen Widerspruch nicht unterbrochen werde [2]), daß im Königl. Sächsischen Executivprocesse Kläger befugt sey, über seine Legitimation zur Sache dem Beklagten den Eid anzutragen; daß das Chursächsische Generale vom 30. April 1783, die Uebertragung der Untersuchungskosten betreffend, eine spätere Verjährung, wodurch die Gerichtsunterthanen zu Bezahlung der peinlichen Kosten verbündlich würden, ausschließe; daß eine im ersten Verfahren versäumte Replik noch beim Beweise nachgeholt werden könne [3]), daß für bedingte Foderungen in Concursen ein Theil Masse aufzuheben sey, bis die Bedingung eingetreten, oder ihr Nichteintritt gewiß sey.

Im Drange der Geschäfte bei einer Spruchbehörde kann der Referent, welchem zuerst die streitige Frage sich darbot, gehindert gewesen seyn, selbige mit der nöthigen Umsicht und Gründlichkeit vorzutragen und zu beleuchten. Seine Meinung wurde zur

---

onsgericht die Ordnung des Processes wieder hergestellt und die unschlüssige Klage in angebrachter Maße, mit Verurtheilung Klägers in Kosten-Erstattung, abgewiesen.

[2]) Dadurch ziehen alljährlich vollendete Verjährungen eine Menge Servituten, wie ein Spinnengewebe, über das Land herein.

[3]) Dieser Meinung stehen entgegen die Erledigung der Landesgebrechen v. Jahre 1661. Tit. von Justizsachen. §. 32. Mandat vom 25. April 1672 (Cod. Aug. T. I. p. 220. u. 1263.) Erl. Proc. Ordnung Tit. 3. §. 3. und Tit. 41. §. 3. Appellations-Gerichtsordnung vom 7. Octbr. 1605. (Cod. Aug. T. I. p. 1238).

Entscheidung. Bei Wiederkehr der Frage in einem andern Proceß fand der neue Referent an der frühern Entscheidung einen Stützpunct und bei einem dritten Processe über dieselbe Frage wirkte zugleich die Anhänglichkeit an die bereits früher ertheilte Entscheidung und die Ungewißheit für den Referenten: ob sein Ankämpfen gegen das bisher angenommene Entscheidungsprincip nicht fruchtlose Mühe seyn würde, und so stellte sich der Gerichtsbrauch fest. Je länger eine Spruchbehörde bestanden hat, desto größer ist die Masse solcher Präjudicien, desto weniger läßt sich aber auch auf Festhaltung derselben, wenn sie nicht gesammelt und den neueintretenden Mitgliedern zu stetem Gebrauch mitgetheilt worden sind, rechnen. Noch schwieriger ist die Gleichförmigkeit der Entscheidungen in solchen Spruchcollegien festzuhalten, welche in mehrern Abtheilungen unter verschiedenen Directoren Erkenntnisse über dieselbe Branche Rechtssachen abfassen. Hat nun ein älterer oder neuerer Gerichtsbrauch bei einer Spruchbehörde sich auf Meinungen gesetzt, welchen klare Gesetze oder überwiegende Gründe der Theorie, die bei der ersten Verhandlung der Frage übersehen worden sind, entgegenstehen, so kann der Fall eintreten, daß bei der neuen Prüfung der Frage sämmtliche Mitglieder des Spruchcollegiums sich von der Unrichtigkeit des bisherigen Präjudizes überzeugen. Sollen sie dann verbunden seyn, bei dem Präjudiz zu verharren? — Da ein jedes Mitglied die Pflicht auf sich hat, seine Meinung selbstständig über die streitige Frage zu äußern, muß nicht, wenn sämmtliche Mitglieder oder die Mehrheit sich für eine an=

dere Meinung, als die bisher angenommene, erklärt, selbst in Gemäßheit der Verfassung jeden Collegiums, die Entscheidung darnach abgefaßt werden? — Die Spruchbehörden sind ja verbunden, auf die Gesetze und deren doctrinelle Auslegung, auf Rechtsanalogie und wo dieses alles für den Fall nichts bietet, auf die allgemein anerkannten Rechtsgrundsätze zu erkennen. Wird nicht eine Partei getäuscht, welche auf diese Entscheidungsnormen vertrauend den Proceßweg betrat und auf ihre Kosten eine Prüfung ihrer Rechtssache nicht bloß im factischen, sondern auch rechtlichen Verhältnisse verlangen konnte, wenn mit Beiseitesetzung der Prüfung der Rechtsfrage ihr eine den Rechtsgrundsätzen entgegenlaufende Entscheidung gegeben wird, die nichts für sich hat, als eine lange todte Zeit, während welcher das unrichtige Präjudiz wider ihr Wissen bei der Justizbehörde bestanden hat? — In welche schiefe Stellung würde sich dadurch ein höheres Gericht setzen, welches doch mit der strengsten Anwendung der Gesetze und mit der gründlichsten Erforschung der einschlagenden Rechtsgrundsätze den niedern Behörden das Beispiel geben soll, wenn es die richtigen Entscheidungen der Unterbehörden und Dikasterien, bloß auf den Grund alter Präjudicien reformiren wollte, ohne die Gründe der untergerichtlichen Entscheidungen widerlegen zu können! Oder ist es etwa gefährlich, von alten unrichtigen Entscheidungsnormen abzugehen, weil sie vielleicht in unzählbaren Fällen angewendet worden sind? Mögen doch jene in Rechtskraft getretenen Entscheidungen ihre Wirkung für die damaligen Fälle behalten, wie so viele Interlocute durch ihre Rechtskraft Unrecht zu Recht

geschaffen haben. Warum soll aber andern Parteien dasselbe Unrecht widerfahren? Die äußere Ehre der Spruchbehörde leidet doch wohl nicht unter jenem Aufgeben einer unrichtigen Meinung und Befolgung besserer Ueberzeugung. Auch wird dadurch die Zeit erspart, welche der Kampf für die richtigere Theorie kostet, der sich bei jeder Wiederkehr solcher Fragen erneuert, und welcher bei dem steten Wechsel der Mitglieder des Collegiums doch endlich den Sieg davon trägt [4]).

Ein Gerichtsbrauch, welcher unbedingt bei den frühern Entscheidungen streitiger Rechtsfragen, ohne deren Haltbarkeit weiter zu prüfen, stehen bliebe, wäre der Tod für das Gesetz nnd die Rechtswissenschaft. Er würde den Eifer für Erforschung des Rechts bei den Mitgliedern der Spruchbehörde, zugleich aber auch die Achtung des Publicums vor dem Rechte und den rechtsprechenden Behörden mindern, und, wäre er bei einer höhern Behörde vorherrschend, so würden die niedern Behörden und Dikasterien um so weniger ihre Entscheidung nach den Präjudicien des höhern Gerichts abfassen.

Gleiche Nachtheile erzeugt auch ein wissentliches Abweichen von klaren Gesetzen und Rechtsregeln aus

---

4) So hat z. B. das Königl. Sächsische Appellationsgericht den früher angenommenen Grundsatz, daß bei eingewandter Appellation, wenn der Appellat durch Unterlassung der Refutation stillschweigend auf die vorigen Acten sich bezieht, der Appellant, selbst wenn er eine reformatorische Entscheidung erhält, die Kosten der Appellation erstatten müsse, durch Plenar-Beschluß vom 20. Octbr. 1832. wieder aufgegeben.

bloßen Gründen der Billigkeit und der aus dem concreten Falle abgeleiteten Zweckmäßigkeit. Dazu ist kein Gericht, selbst nicht das höchste befugt, sondern bloß der Gesetzgeber kann für concrete Fälle dispensiren oder das ganze Gesetz, wenn es nicht zweckmäßig wäre, aufheben. Die Parteien sebst haben auf Anwendung der Gesetze ein jus quaesitum, in welches kein Gericht eingreifen darf. Sowie nur die treueste Anwendung der Gesetze selbst dem höchsten Gericht auch die höchste Würde geben kann, so würde auf der andern Seite ein Abweichen von klaren gesetzlichen Vorschriften aus Gründen bloßer Zweckmäßigkeit für den concreten Fall, sey es auch noch so gut gemeint, am stärksten die niedern Justizstellen zu gleichen Abweichungen veranlassen.

Da dem Königl. Sächsischen Appellationsgericht eine neue Organisation bevorsteht, aus welcher es in neuer Gestalt hervortreten wird, und sich für die streitigen Rechtsfragen um so leichter ein neuer Gerichtsbrauch bilden kann, so hielt ich es für zeitgemäß, auf die Nachtheile eines zu starren Festhaltens an früheren Präjudizien aufmerksam zu machen.

Kori.

Inhalts-Anzeige.

Seite

I. Nach welchen Landesgesetzen sind Ausländer wegen ihrer im Inlande vorkommenden Rechtsangelegenheiten zu beurtheilen? . . . .

II. Von der Wirkung der Partial Zahlung an einen Correalgläubiger bei mehreren Concursen zu des Correalschuldners Vermögen. 31

III. Ist vor Eintritt der Bedingung oder der Verfallzeit eine Klage auf bloßes Anerkenntniß des bestehenden Rechtsverhältnisses gegen den daraus Verbundenen zuläßig? . . 43

IV. Ist der mit einem Geldpaquet Zahlende verbunden, einem Dritten den richtigen Betrag der darauf angezeigten Geldsumme zu gewähren? 52

V. Von Veränderung der Linie des Weges bei einer Fahr- oder Uebertrifts-, oder Fußsteig-Gerechtigkeit. 58

VI. Kann der Fiskus von seinem Privilegium der 40jährigen Verjährung Gebrauch machen bei Rechten, die von Privatpersonen auf ihn übergegangen sind, nachdem ein Dritter die ordentliche Verjährung gegen selbige bereits angefangen hatte? 64

VII. Ist der Verkauf eines Landgutes für abgeschlossen zu achten, wenn das Gut nebst Inventar für einen Kaufpreis verkauft, die Vereinigung über die zum Inventar zu rechnenden Gegenstände aber unterblieben oder noch vorbehalten worden ist? 69

VIII. In welchen Fällen lebt nach beendigter Consolidation des herrschenden und dienenden Grundstücks eine vorher darauf bestandene Realservitut von selbst wieder auf? 73

IX. Ueber Nichtigkeiten in Prozessen. 79

Seite
X. Ueber zu beschränkende Anwendung der Chursächsischen Erl. Proc. Ordnung ad Tit. XVI. §. 8. 81
XI. Ueber die Verfallzeit der auf Bauergütern haftenden Auszugsleistungen und die Wirkungen des dießfalls begangenen Verzugs, nach den darüber im Königl. Sächs. Appellationsgericht angenommenen Grundsätzen. . . . 89
XII. Ueber die Berechnung der Lebenszeit eines Auszüglers, um darnach den Capitalwerth des Auszugs in Beziehung auf das davon zu entrichtende Lehngeld zu bestimmen. 101
XIII. Ueber die Art des Abzugs oder der Vertheilung der allgemeinen Concurskosten nach den Gesetzen des Königreichs Sachsen. 105
XIV. In wiefern sind die auf Zeit geschlossenen Ankäufe von Staatspapieren nach Königl. Sächs. Rechte gültig? 115
XV. Ist ein von der Mehrheit der Concursgläubiger mit dem Gemeinschuldner oder einem Dritten gerichtlich geschlossener Nachlaßvertrag (pactum remissorium) für die nicht beigetretene Minderzahl der Gläubiger auch dann verbindlich, wenn darin zugleich dem Nachfoderungsrechte der Gläubiger entsagt worden ist? 118

I.

Nach welchen Landesgesetzen sind Ausländer wegen ihrer im Inlande vorkommenden Rechtsangelegenheiten zu beurtheilen?

Je mehr kleinere und größere Territorien Deutschland umfaßt, je größer die Verschiedenheit der Gesetzgebungen in diesen Ländern ist, desto öfter kommt vorstehende Frage, worüber, bei dem Mangel eines allgemeinen Gesetzes für die deutschen Bundesstaaten, zugleich die deutschen Gerichtshöfe und Rechtslehrer die verschiedensten Ansichten hegen, in Anregung. Das römische Recht spricht zwar von der Competenz des Richters, in gewissen Fällen den einem anderen Richter unterworfenen Beklagten oder Angeschuldigten vor sein Forum zu ziehen [1]), auch spricht es die Gültig keit einer Ortsgewohnheit für einen am Orte contra=

---

[1]) L. 3. ff. de reb. auctor. judic. possid. (42. 5.) L. 16. § 1. ff. de pec. constit. (13. 5.) L. 21. ff. de obligat. et act. (44. 7.) L. 19. § 1. 2. et 4. ff. de judiciis (5. 1.) L. 22. de reb. creditis (12. 1.) L. 3. ff. de officio praes. (1. 17.) L. 2 Cod. de ratiociniis (3. 21.) Tit. Cod. ubi de criminib. agi oportet. L. 1. Cod. ubi senatores (3. 24.) Nov. 69. cap. 1. § 1. — Cap. 1. § Contrahentes de foro comp. in 6to (II. 2.)

hirenden auswärtigen Römer aus [2]), enthält hingegen keine Bestimmung über die gegen Ausländer wegen ihrer im römischen Reiche entstandenen Rechtsverhältnisse anzuwendenden Gesetze.

In der That ist diese Frage von dem Umfange der Landeshoheit abhängig und sofern sie nicht bloß das Verhältniß der Provincial- und Localgesetze zu den allgemeinen Gesetzen desselben Landes betrifft, sondern auch die Grenzen der Gesetzgebung verschiedener Territorien gegen einander feststellt, damit nicht unter die Gesetze des einen Landes Gegenstände gestellt werden, die unter den Gesetzen des andern Landes stehen, nicht bloß eine staatsrechtliche, sondern eine völkerrechtliche, mithin weniger nach den positiven Landesgesetzen, als nach dem natürlichen Umfange der Landeshoheit zu beurtheilen. Diese erstreckt sich aber auf alle im Lande wohnende Unterthanen, auf die darin befindlichen Grundstücke und beweglichen Sachen, gleichviel ob sie Inwohnern oder Ausländern angehören [3]), ob letztere im Inlande lagern oder nur durchgeführt werden, ingleichen auf die Personen der Ausländer, während sie sich im Inlande aufhalten [4]).

---

[2]) L. 6. ff. de evictionib. (21. 2.) vergl. L. 31. § 20. ff. de aedilit. edict. (21. 1.) L. 34. ff. de regulis jur.

[3]) Sachsenspiegel. B. III. Art. 33. „Der König soll auch um Eigen, nicht nach des Mannes, sondern nach des Landes Rechte, darinnen es liegt, richten" Meckbach, Anmerkungen z. dies. Art.

[4]) Mevius P. V. decis. 164. num. 5: Quidquid est in territorio sive mobile sive immobile, subest jurisdictioni et statutis loci „Huber, de conflictu legum.

Diese Personen und Sachen stehen unter den Gesetzen des Landes, wo sie sich befinden, sowohl in staatsrechtlicher und polizeilicher, als in privatrechtlicher Beziehung. Was im Lande an Eigenthum oder Perso-

---

§ 2. in Praelectionib. jur. P. II pag. 26. Hert, de collisione legum. in Opusc. Tom. I. Sect. IV. § 4. (Letzterer verliert sich jedoch in einer nach schwankenden Grundsätzen beurtheilten Casuistik und widerspricht sich oft). Voet, Comment. ad Pand. Lib. I. Tit. IV. § 5. 7. 8. 9 et 11. Kind, Quaest. For. Ed. 2. Tom. II. pag. 391 et 392. Zachariae, Lib. Quaest. Viteb. 1805. quaest. I. § 1 et 2. Von Bülow und Hagemann, Practische Erörterungen. Num. 54. § 2. Danz, Handb. des deutschen Privatrechts. § 47 u. 53. S. 178 u. 180. Thibaut, Syst. des Pandecten-Rechts. § 26. Schmid, Lehrb. des gemeinen deutschen Staatsrechts. Jena. 1821. § 78. — Chursächs. Vormundschaftsordnung. Cap. 1. § 8 u. 9. Die Chursächs. Decision. 54. v. J. 1661. spricht keineswegs von ausländischem Nachlaß. — Anderer Meinung sind: Glück, Erläuter. der Pandecten. § 44, welcher nebst den daselbst angeführten Rechtslehrern die Beziehung der Landesgesetze auf Forensen und temporäre Unterthanen von deren freiwilliger Unterwerfung abhängig machen will, ferner nimmt auch Hommel in Rhaps. 409. II von der Landeshoheit die beweglichen Sachen der Ausländer aus, die er nach den Gesetzen des Wohnorts beurtheilet. — Joh. Wilh. Tittmann in seiner Schrift de competentia legum externar et domesticar in definiendis potissimum jurib. conjugum. Halae. 1822. Cap. I. § 3 et 6. will die Frage nach einer privatrechtlichen Basis, nämlich den erworbenen Rechten der Contrahenten beurtheilen, allein: ob Jemand aus einer im Auslande vorgenommenen Handlung ein Recht erworben habe? bestimmt sich allererst darnach: ist die Handlung nach ausländischen oder inländischen Gesetzen zu beurtheilen?

nen fortwährend sich befindet, ist selbst denjenigen Landesgesetzen unterworfen, welche fortwährende Rechtsverhältnisse für Personen oder Sachen feststellen, z. B. Grundsteuer, jährliche Mobiliensteuer; dagegen können die Landesgesetze auf temporäre Unterthanen und das im Inlande nur einstweilen befindliche bewegliche Vermögen der Ausländer nur einen vorübergehenden Einfluß haben. Der Staat kann jedoch Ausländern selbst den Eintritt in das Land verbieten, sowie das Einbringen oder Wegbringen gewisser Sachen verhindern.

Auf den Grund dieses Umfanges der Landeshoheit bildet sich die Entscheidung unserer Frage für die verschiedenen einzelnen Rechtsverhältnisse also:

I. Verträge, welche Ausländer im Inlande entweder mit einem Inländer oder mit einem andern Ausländer abschließen, z. B. auf Messen und Jahrmärkten, richten sich sowohl in Form als Wirkung nach den Gesetzen des Inlandes, und bei eintretender Verschiedenheit der allgemeinen Landesgesetze von den Gesetzen des Orts, wo der Vertrag eingegangen wurde, nach den Localgesetzen. (Locus regit actum) [4].

---

[4]) Vergl. die in Note 2 angeführten Gesetze. Carpzov. P. II. const. 15. defin. 6. num. 8. Sande, Decis. Lib. I. Tit. 12. defin. 5. Voet. Lib. I. Tit. IV. P. II. § 12. Pufendorf. T. III. obs. 87. Hommel, Rhaps. 409. III. Huber. l. c. § 2. 3 et 5. Hert. § 10. Hellfeld, Jurispr. for. § 44. Danz. § 53. S. 180. Glück. § 44. Weber von der natürl. Verbindlichk. § 62. welcher aber in Note 2. ebd. der Regel nicht treu bleibt und dabei den Unterschied zwischen inländischem und aus=

Für diese Verträge ist das inländische Vermögen des Ausländers schlechthin obligat, dessen ausländisches Vermögen aber, mit Einschluß der im Auslande ausstehenden Foderungen zwar in der Regel ebenfalls, doch nicht in folgenden Fällen: a) wenn der Vertrag verbietenden Gesetzen des Auslandes entgegensteht, z. B. eine von einer Ausländerin übernommene Intercession, die ihre vaterländischen Gesetze verboten hatten; b) bei allen Verträgen, welche und soweit sie, um gültig zu seyn, von dem ausländischen Gericht der gelegenen Sache oder des Wohnorts der Person vorgenommen werden mußten, z. B. diejenigen, welche nur vermöge Decrets des vormundschaftlichen Gerichts gültig sind; c) bei Verträgen, welche Realrechte gegen dritte Personen gewähren sollen, die das Ausland daraus nicht entstehen läßt, z. B. eine Conven-

ländischem Vermögen übersteht. Thibaut, System des Pandectenrechts. § 36. von Bülow und Hagemann, Pract. Erörter. LIV. § 2. Schmid. § 84. Tittmann. § 15. Vergl. Preuß. allgem. Landrecht § 41. und Th. I. Tit. V. § 111. 112 und 148. Doch soll nach § 115 ebd. die Form der Verträge über Eigenthum, Besitz oder Nutzung unbeweglicher Sachen diejenige seyn, welche die Gesetze des Orts, wo sie liegen, vorschreiben. — Nach dem Code Napoléon, Art. 3. wird über unbewegliche Güter, auch wenn Ausländer solche besitzen, nach Französischen Gesetzen entschieden, und nach Art. 2128 kann auf Verträge, welche außerhalb Frankreich geschlossen worden, keine Hypothek zur Last Französischer Güter bestellt werden. — Den oben im Contexte angegebenen Grundsatz erkennt das Oesterreichische bürgerl. Gesetzbuch § 36 für doppelseitige Verträge an, auch in § 37. für alle Rechtsgeschäfte, welche Oesterreichische Unterthanen mit Ausländern im Auslande geschlossen haben.

tionalhypothek an beweglichen Sachen [5]). Wo diese Ausnahmen nicht eintreten, mithin dem Ausländer eine vertragsmäßige Abweichung von seinen Landesgesetzen erlaubt ist, da afficirt dessen im Inlande geschlossener Vertrag auch dessen in seiner Heimath befindliches Vermögen, z. B. eine im Inlande, wo eheliche Gütergemeinschaft gilt, geschlossene Ehe bewirkt Gütergemeinschaft auch für die im Auslande gelegenen Güter der Ehegatten, obschon dort die eheliche Gütergemeinschaft nicht eingeführt ist [6]).

In dem Hauptgrundsatze dießfalls ist Voet [7]) nicht einverstanden: weil sich für den Proceßrichter keine Verbindlichkeit nachweisen lasse, Rechtshandlungen für gültig anzuerkennen, die nach ausländischer Form im Auslande vorgenommen worden seyen. Allein dieser Einwand wird theils durch die oben dargelegten Wirkungen der Landeshoheit widerlegt, theils paßt er nicht auf Verträge, welche naturrechtlich bestehen und selbst nach den am Gerichtsorte bestehenden Gesetzen

---

[5]) Huber. § 11 et 15. Glück. § 44. S. 281.

[6]) Huber. § 9. — Da bei Grundstücks-Veräußerung die gerichtliche Bestätigung und Lehnsreichung in der Regel nicht zur Gültigkeit des Vertrags selbst gehört, so ist, wenn etwa der Ort des geschlossenen Vertrags andern Gesetzen unterworfen ist, als der Ort, wo das Gericht seinen Sitz hat — verglichen Adolph Martin's Jahrbücher der Gesetzgebung und Rechtspflege in Sachsen, 3ter Jahrgang, 2tes Heft, Num. XVI. S. 194 — nicht letzterer als locus contractus anzusehen, obschon der Act der gerichtlichen Bestätigung und Lehnsreichung nach den Gesetzen des letztern Orts zu vollziehen sind.

[7]) l. c. § 10.

formlos geschlossen werden können, theils steht demselben der negative Satz entgegen: daß der inländische Richter keine Befugniß hat, Handlungen, welche Inländer im Auslande als dortige temporäre Unterthanen vorgenommen haben, nach inländischen Gesetzen zu beurtheilen und, ohne daß ihn seine inländischen (verbietenden) Gesetze dazu berechtigten, für ungültig zu erklären. Bei Verträgen eines Ausländers mit einem Ausländer, die im Auslande geschlossen wurden, würde der inländische Richter zugleich in die Rechte des andern Contrahenten eingreifen, bei einseitigen Dispositionen aber seinen Ausspruch der Ungültigkeit nicht auf ein inländisches Gesetz zu gründen vermögen, so lange die inländische Gesetzgebung nicht verboten hat, dergleichen Handlungen im Auslande und nach ausländischen Gesetzen vorzunehmen. Jene Meinung würde es nöthig machen, denselben Act, sollte er für das inländische und ausländische Vermögen bindend seyn, zweimal vorzunehmen, wenn die Form desselben nach beiderlei Landesgesetzen verschieden und nicht etwa die eine als minus in der andern mit enthalten wäre. Dadurch würde einem im Auslande plötzlich erkrankten Inländer die Gelegenheit zu testiren gänzlich entzogen werden [8].

Dagegen ist unser Grundsatz da nicht anwendbar, wo die Contrahenten bei ihrem Vertrage ausdrücklich eine andere Landesgesetzgebung, als die des Orts, wo

---

[8]) Jener Rechtslehrer führt l. c. § 13. selbst an: daß der von ihm aufgestellte Grundsatz in praxi nicht beobachtet werde und man insgemein die Förmlichkeit der Rechtsgeschäfte nach dem Orte, wo sie vollzogen wurden, beurtheile.

sie contrahirten, zum Grunde gelegt haben, z. B. bei bei einem in Leipzig geschlossenen Wechselgeschäft das Augspurger Wechselrecht [9]). Dieß steht ihnen jedoch nicht frei gegen schlechthin verbietende Gesetze des Orts, wo sie contrahirten, z. B. gegen das Verbot wucherlicher Vortheile, gegen Eheverbot, gegen verbotene Spiele; auch nicht gegen solche Gesetze des Contract-Orts, die eine Form des Rechtsgeschäfts vorschreiben. In diesen Fällen ist vielmehr die freiwillige Unterwerfung der Contrahenten unter eine andere Landesgesetzgebung, welche jenes Verbot oder Form nicht enthält, ungültig [10]).

---

[9]) Vergl. Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch, § 36 und 37. Günther's Rechtl. Bemerkungen. Helmstädt. 1802. Num. X. welcher zeigt: daß durch eine solche Vereinigung der Contrahenten nicht zugleich das Gewohnheitsrecht jenes fremden Orts für angenommen zu achten sey.

[10]) Voet l. c § 18. Weber, a. O. S. 206. Zwar will Weber in § 95 die Regel durch den Unterschied modificiren: ob die an einem Orte vorgenommene Handlung daselbst zwar nicht verboten, aber doch als nicht klagbar erklärt worden sey und stellt nun eine ganz andere Regel, als er in § 62 gegeben hatte, dahin auf: daß der Proceßrichter für Handlungen, die eine natürliche Verbindlichkeit begründeten, die gerichtlichen Wirkungen nur nach den Gesetzen seines Landes zu bestimmen habe. Allein dadurch würde in der That, weil zu den gerichtlichen Wirkungen eines Geschäfts auch die darauf zu gründenden Einreden gehören, auch bei weitem die meisten Rechtsgeschäfte zugleich eine natürliche Verbindlichkeit begründen, unser Hauptgrundsatz umgestoßen werden. Wollte indeß Weber nur sagen: daß, wenn die Gesetze des Orts der Handlung bloß die Klage daraus versagen,

Gehören zur Gültigkeit eines Geschäfts mehrere an verschiedenen Orten vorzunehmende Handlungen, z. B. bei einer in Leipzig ausgestellten, aber in Frankfurt zu präsentirenden Wechsel-Tratte, so ist die Form und Gültigkeit jeder einzelnen Handlung nach den Gesetzen des Orts, wo jede vorzunehmen war, zu beurtheilen [11]).

---

der Richter eines andern Landes selbst die Klage zulassen könnte: so fehlt es dieser Meinung an einer Grundlage. Ohnehin ist es bei verbietenden Gesetzen nicht gewöhnlich, bloß die Klage aus der verbotenen Handlung zu versagen — um eine Einrede daraus zuzulassen, sondern es wird insgemein die Handlung selbst verboten, damit nicht das Verbot durch die Form einer Einrede umschifft werde, dadurch aber jede gerichtliche und außergerichtliche Wirkung der Handlung von selbst ausgeschlossen. — Wenn Weber S. 416. selbst zugiebt: daß eine in dem Lande, wo sie vorgenommen wurde, gänzlich verbotene Handlung auch in dem andern Lande keine Verbindlichkeit hervorbringe, und dagegen S. 417. von einem solchen Verbot, sofern es in einem Provinzialgesetz oder Statut enthalten ist, das Gegentheil behauptet, so fragt man billig nach dem Grunde dieses Unterschiedes? — Schwankend ist auch Weber's Behauptung S. 418 und 419: daß die an einem Orte gültig vorgenommene Handlung, welche an einem andern Orte, wo daraus geklagt wird, verboten ist, alsdann für unwirksam zu achten sey: wenn sich eine Vernachlässigung der Gesetze letztern Orts herausstelle. Denn in der Regel ist ja Niemand verbunden, die im Auslande vorgenommenen Rechtsgeschäfte nach den Vorschriften seiner Heimath einzurichten, sondern es reicht hin, dabei die Gesetze des Orts der Handlung beobachtet zu haben.

[11]) Hommel, Rhaps. 409. III. Leyser, spec. 73. medit. 4. Auch das Königl. Sächs. Appellationge-

Uebrigens ist der Ort des geschlossenen Contracts da, wo die Acceptation erklärt wird und, wenn der Vertrag unter Abwesenden mittels Briefe verhandelt wird, nach der richtigern Meinung da, wo das Acceptations-Schreiben bei dem andern Contrahenten eingeht [12]).

Nach den bisher aufgestellten Grundsätzen sind auch

II. die einseitigen Dispositionen, welche Jemand im Auslande vornimmt, zu beurtheilen, z. B. letztwillige Verordnungen [13]), auch hat bei letzteren der Ort, wo der Erblasser gestorben ist, auf unsere Frage keinen Einfluß [14]).

---

richt hat namentlich in Wechselsachen auf diese Meinung erkannt.

[12]) L. 55. ff. de obligat. et act. (44. 7.) L. 17. C. de fide instrum. (4. 21.) Wernher. P. VII. obs. 137. Schmid's Oeffentl. Rechtssprüche. Jena. 1777. Abschn. IV. Num. 79. § 6. Vergl. Hommel, Rhaps. 608. Erkenntniß des Königl. Sächs. Appellationgerichts in Joh. Friedr. Werners Concurse 1831. P. I. B. no. 3. et P. II. D. no. 16. — Nach dem Preußischen allgem. Landrecht Th. I. Tit. 5. § 113 und 114. sollen die unter Abwesenden mittels bloßen Briefwechsels geschlossenen Verträge oder solche, welche in einem von verschiedenen Orten datirten Instrumente enthalten sind, nach den Gesetzen desjenigen Orts beurtheilt werden, welche für die Gültigkeit des Geschäfts sprechen.

[13]) Huber. § 4 et 5. Hommel, Rhaps. 409. III. Hellfeld. § 44. Glück. § 44. von Bülow und Hagemann. Bd III. Erörter. LIV. § 2. Danz. § 53. S. 181. — Abweichend ist Hert. § 23. 24 et 25 und einige andere daselbst angeführte Rechtslehrer.

[14]) Hert § 24. — Nach dem Code Napoléon, art. 999. kann ein Franzose im Auslande in Form einer öf-

III. Proceßverhandlungen werden nach den Proceßgesetzen des Gerichts, wo der Streit geführt wird, vollzogen, sowohl in ihrer Form, als in den inneren Bedingungen derselben [15]). Ist daher an einem Orte das Wechselverfahren nicht eingeführt, so darf das Ortsgericht selbst nicht für ausländische Wechsel dazu verschreiten [16]). Auch die Bedingungen, unter welchen einzelne summarische Processe zulässig sind, richten sich nach den Gesetzen des Orts, wo der Proceß erhoben werden soll; z. B. der Preußische Richter ist nicht verbunden, den Executivproceß aus Urkunden einzuleiten, welche nach der Preuß. Gerichtsordnung Th. I. Tit. 28. § 1. und Anhang dazu § 189 — 192 für den Executivproceß nicht geeignet sind, sollten auch die Urkunden außerhalb Preußen an Orten

---

fentlichen Urkunde, wie sie am Orte der Errichtung üblich ist, testiren, doch muß nach art. 1000. der Vollziehung des Testaments gegen französische Güter die Einregistrirung in dem Büreau des Orts in Frankreich, wo der Testator seinen letzten Wohnsitz gehabt hat, vorausgegangen seyn.

15) Huber. § 3. Hommel, Rhaps. 409. X et XVI. Glück. § 44. Danz. § 53.

16) Eisenberg und Stengel, Beiträge zur Kenntniß der Justizverfassung und jurist. Literatur in den preuß. Staaten. Th. XI. S. 305. Anderer Meinung ist Klein, Merkwürdige Rechtssprüche der Hallesch. Juristen-Facultät. Th. II. Num. XIII. S. 149 u. f. — Ueber Eröffnung der Concurse zu dem ausländischen Vermögen inländischer Schuldner vergl. mein System des Concursprocesses nebst der Lehre von den Classen der Gläubiger. 2te Aufl. Leipzig. 1828. B. I. § 26 und 31.

ausgestellt seyn, wo sie den Executivproceß begründet hätten.

Ein Gleiches gilt von der Fähigkeit zum Zeugniß und von den bei dem Proceßgericht eingeführten Eidesformeln für verschiedene Religions-Verwandte.

Verschieden von diesem Falle ist die Frage über Gültigkeit der im Inlande gegen Ausländer rechtskräftig gesprochenen Erkenntnisse, als welche bloß von der Competenz des inländischen Gerichts zu dem Processe abhängt. Ist diese begründet gewesen, so hat auch der ausländische Richter das Erkenntniß zu vollziehen, die Prüfung der der Execution entgegengestellten Einreden aber dem requirirenden Gericht zu überlassen [17].

Die Verjährung, selbst die erlöschende, ist als Erwerb oder Verlust des Rechts selbst nach den Gesetzen desjenigen Landes zu beurtheilen, in welchem das Rechtsverhältniß entstanden war, nicht nach den Gesetzen des Proceßgerichts [18].

---

[17]) Sande, Decis. Lib. I. Tit. XII. defin. 5. Huber. § 6. Voet. § 17. — Abweichend ist dießfalls der Code Napoléon, art. 2123.

[18]) Cocceji, Diss. de fundata in territor. et plurium locor. concurr. potestate Tit. VI. § 8. Hert. § 65. Boeschen (Praeside Schott) Diss. de vi legum civ. in subditos temporarios. Lips. 1772. § 29. Zachariae. pag. 19. Riccius, Entwurf von Stadtgesetzen und Statutis, Bd II. C. 15. § 16. Danz. § 53. S. 179. — Anderer Meinung sind Huber § 7. Hommel, Rhaps. 409. XVI. und Weber. § 95. S. 415. Huber scheint von einer Verjährung der bloßen Klage, nicht des Rechts selbst, auszugehen, Hommel und Weber hingegen die Einrede der Verjährung als einen bloßen Proceßact zu

IV. Unrechtmäßige obschon nicht strafbare Handlungen eines Ausländers im Inlande, z. B. Beschädigungen und Anmaßung fremden Eigenthums, richten sich in ihren rechtlichen Folgen ebenfalls nach den Gesetzen des Ortes, wo sie begangen wurden. Sie stehen zwischen einseitigen erlaubten Handlungen und Vergehen in der Mitte (Vergl. oben Num. II und folgende Num. V) und enthalten auch in sich keinen Grund, sie in Beziehung auf unsere Frage anders, als erstere und letztere, zu beurtheilen. Wenn daher ein Sachse mit einem Mädchen in Preußen sich fleischlich vermischt, so kommt ihm die in Preußen statt findende Straflosigkeit des außerehelichen Beischlafs zu Statten, wogegen er aber auch hinsichtlich der civilrechtlichen Verbindlichkeit gegen die Beischläferin und gegen das Kind nach Preuß. allgemeinem Landrecht zu beurtheilen ist [19].

V Vergehen und Verbrechen sind in der Regel ebenfalls nach den Gesetzen des Landes und Ortes zu bestrafen, wo sie begangen worden sind [20].

---

betrachten, worin sich jedoch Weber S. 419 und 420. nicht einmal treu geblieben ist. —

[19]) Indeß hat das Königl. Sächs. Appellationgericht in S. Carl Traug. Zeuner's ÷ den Gemüths-vormund Carl Fried. Ferd. Waizmann's auf das Gegentheil erkannt 1830. P. II. D. Num. 6. und 1831. P. I. C. Num. 5.

[20]) Hert. § 19. 20 et 21. Hommel, Rhaps. 409. V. Hellfeld. § 44. Glück. § 44. S. 285. Zachariae. § 21. Thibaut. § 36. Martin, Lehrb. des deutschen gemeinen Criminalrechts. § 26. — Preußisch. allgemeines Landrecht. Th. II. Tit. 20.

VI. Unmittelbare Rechtsverhältnisse, welche nicht erst durch Handlungen der betreffenden Personen begründet werden, sondern aus allgemeinen oder besondern Gesetzen und Privilegien hervorgehen, betreffen:

a) entweder bloß die Persönlichkeit eines Individuums (qualitas personalissima) und diese aa) so weit sie in Vorzügen besteht, z. B. Rang, Stand, Ehre, wird auch im Auslande anerkannt [21]); soweit sie aber ehrenrührig ist, z. B. uneheliche Geburt, verliert sie ihre Wirkung mit dem Aufenthalt in einem andern Lande, dessen Gesetzen und Sitten diese nachtheilige Stellung fremd ist [22]);

b) oder die persönliche Fähigkeit zu Rechtsgeschäften und zu unmittelbarem Rechts-Erwerb entweder überhaupt, z. B. Volljährigkeit, oder zu Rechtsgeschäften und Rechts-Erwerb einer gewissen Classe,

---

§ 12 und 13. — In § 15. ebd. wird nur in dem Falle ein im Auslande begangenes Verbrechen nach Preußischen Gesetzen bestraft, wenn diese eine gelindere Strafe, als die ausländische Gesetzgebung, enthalten. — Entgegengesetzte Vorschriften sind festgestellt im Oesterreichischen Gesetzbuch über Verbrechen. C. 2. § 30. Baierisch. Strafgesetzb. v. J. 1813. Th. II. § 30. und Entwurf eines Criminalgesetzbuchs für das Königreich Sachsen v. J. 1824. Einleit. § 1 und 2.

[21]) Hert. § 14. (Doch widerspricht er sich in § 16). Schmid, Lehrb. des gemeinen deutschen Staatsrechts. § 84. Num. II. Zachariae. pag. 21.

[22]) Ueber die in ein Land, wo keine Sclaverei gilt, mitgebrachten Sclaven eines Ausländers: Kind Quaest. For. Tom. II Cap. 77. Zachariae. § 8. pag. 18. — Ueberhaupt ist anderer Meinung Hert, § 8.

z. B. Wechsel, Ehegelöbnisse, Darlehns-Aufnahme der Soldaten und Studenten, Intestaterbfolge. Es ist kein Grund vorhanden, warum nicht auch diese Verhältnisse unter den oben aufgestellten Grundsätzen stehen sollten, sobald ein Ausländer Rechtsgeschäfte im Inlande vornimmt oder ein unmittelbarer Erwerb des inländischen Vermögens vorfällt. Mithin ist seine Befähigung dazu, jedoch lediglich für sein im Inlande befindliches Vermögen, nach den inländischen Gesetzen zu beurtheilen und die ausländische Gesetzgebung hat nach der Natur der Sache auf dieses außerhalb der Grenzen der ausländischen Landeshoheit vorgenommene Rechtsgeschäft und in Beziehung auf das außerhalb derselben befindliche Vermögen des Disponenten keinen rechtlichen Einfluß, obschon auch auf der andern Seite das ausländische Vermögen desselben, dafern die ausländischen Gesetze der fraglichen Befähigung als verbietend entgegenstehen, durch dergleichen im Inlande vorgenommene Rechtsgeschäfte nicht afficirt wird. Insbesondere gehören unter diese Kategorie auch solche Rechtsgeschäfte, welche, selbst ohne ausdrückliche Bestimmung der Interessenten, unmittelbare Vermögens-Ansprüche begründen, z. B. Adoption, Ehe [23]). —

[23]) Da ein Eheverbot des einen Landes nur seine Inwohner verbindet, so kann diesen zwar zugleich verboten werden, die Ehe im Auslande, wo das Verbot nicht gilt, zu vollziehen, wie im Königreich Sachsen geschehen ist, (Haubold, Lehrb. des Königl. Sächs. Privatrechts. § 64.) allein auf diejenigen, welche als Ausländer sich bereits im Auslande verheirathet hatten und nachher in das Inland ziehen, ist jenes Verbot nicht anwendbar, auch

Wenn demnach der Besitzer in- und ausländischen Vermögens im Inlande für einen Verschwender oder Blödsinnigen erklärt worden ist, so erstreckt sich diese Unfähigkeit zu Rechtsgeschäften nicht auf Dispositionen desselben im Auslande über sein ausländisches Vermögen, dafern dort nicht ebenfalls seine Unfähigkeit zu Rechtsgeschäften ausgesprochen worden ist. Führt eine Ausländerin im Inlande, wo die Geschlechtsvormundschaft gilt, einen Proceß oder veräußert sie darin ein Grundstück, so bedarf sie dazu eines Geschlechtsvormundes, sollte auch in ihrer Heimath die Geschlechtsvormundschaft nicht eingeführt seyn [24]; dagegen ist eine Frauensperson aus einem Lande, wo Geschlechtsvormundschaft gilt, fähig, in einem andern Lande, wo jene nicht eingeführt ist, allein zu handeln [25].

Der angegebene Hauptgrundsatz empfiehlt sich zugleich von politischer Seite, weil durch eine entgegengesetzte Meinung die mit Ausländern im Inlande contrahirenden Personen, welche nicht verbunden sind, sich um dessen Landesgesetze zu bekümmern und selbige auch nicht zur Hand haben, nicht selten verkürzt wer-

---

nicht auf diejenigen, welche aus dem Inlande wegziehen und sich im Auslande trauen lassen, wo das Verbot nicht besteht. Huber. § 8. von Bülow und Hagemann. Erörter. LVI. § 5.

[24]) Berlich. P. II. concl. 17. num. 55. Philipp. ad decis. elector. 24. obs. 2. Huber. § 5. not. *.

[25]) Carpzov. P. II. const. 15. defin. 6.

den würden [26]). Dieser Grundsatz wird jedoch nur von wenigen Rechtslehrern vertheidigt [27]), und bei weitem die Mehrzahl geht von der entgegengesetzten Ansicht aus: daß ein Jeder dergleichen persönliche Rechtsbefähigung mit sich ins Ausland nehme, mithin selbige nach den Gesetzen des Wohnorts des Subjects zu beurtheilen seyen [28]).

---

[26]) Das Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch §. 1. bestimmt: „Die bürgerlichen Gesetze verbinden alle Staatsbürger der Länder, für welche sie kund gemacht worden sind. Die Staatsbürger bleiben auch in Handlungen und Geschäften, die sie außer dem Staatsgebiete vornehmen, an diese Gesetze gebunden, in soweit als ihre persönliche Fähigkeit, sie zu unternehmen, dadurch eingeschränkt wird und als diese Handlungen und Geschäfte zugleich in diesen Ländern rechtliche Folgen hervorbringen sollen.“ Dagegen soll die persönliche Fähigkeit der Fremden zu Rechtsgeschäften, welche sie in Oesterreichischen Landen vornehmen, nach ihren heimathlichen Rechten in der Regel beurtheilt werden, wie §. 34. ebd. festsetzt. — Das Preußische allgemeine Landrecht, Einleit. §. 35 wendet auf die Fähigkeit der Fremden, die in Preußen Geschäfte vornehmen, diejenigen Gesetze an, welche die Handlung aufrecht erhalten; hinsichtlich der einheimischen Unterthanen vergl. man §. 22 — 27. und 34. ebd. — Der Code Napoléon art. 3. läßt die Zustandsrechte und persönlichen Befähigungen der Franzosen, welche sich im Auslande aufhalten, nach den Französischen Gesetzen beurtheilen.

[27]) Voet. Comment. ad Pand. Lib. I. Tit. IV. §. 7 — 9 und die daselbst angeführten Rechtslehrer.

[28]) Huber. §. 12. welcher jedoch, statt eines Rechtsgrundes, sich bloß auf die Observanz der einzelnen Staatsregierungen bezieht, die er nicht nachweist; ja in §. 5. Note * wird er seiner Meinung

Soviel die Vorrechte gesetzlich privilegirter Personen bei Rechtsgeschäften betrifft, z. B. die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, die privilegirte Verjährung, die persönlichen Vorrechte in Concursen, so sind auch diese nach den Gesetzen desjenigen Landes zu beurtheilen, in welchem die Rechtsgeschäfte vorgenommen wurden und die Gegenstände der Ansprüche sich befinden. Wenn diese für Personen derselben Kategorie gleiche Vorzüge aussprechen, so kommen selbige auch den Ausländern zu Statten. Nur ein ausländischer Fiskus kann nicht auf fiskalische Vorzüge im Inlande Anspruch machen, da sich der Grund derselben staatsrechtlich auf den inländischen Fiskus beschränkt [29].

---

bei der Geschlechtsvormundschaft untreu, und in §. 13 et 14 will er selbige hinsichtlich der Volljährigkeit und der Befähigung eines Filiifamilias oder eines jungen Menschen zu Errichtung letzter Willen auch nicht behaupten. — Hert. §. 5. 8. 11 et 12. aber auch dieser weicht in §. 17 et 22. von seinem Princip ab. Boehmer, de efficacia statuti personalis extra territorium Francof. ad V. 1756. Hommel, Rhaps. 409. I. Danz, Handb. des deutsch. Privatrechts. §. 53. S. 175. Schmid, Lehrb. des gemeinen deutsch. Staatsrechts. §. 84. Eichhorn, Einleit. in das deutsche Privatrecht. §. 35. dieser aus dem Grunde: weil die Landesgesetzgebungen über diese persönliche Befähigung der Fremden schwiegen. Allein soweit die Fremden durch Handlungen im Lande sich zu temporären Unterthanen machen, sind sie nicht mehr als Fremde anzusehen und die einheimischen Rechte auf deren inländisches Vermögen von selbst anwendbar.

[29]) Schweppe, Syst. des Concurses der Gläubiger.

Daß auch die Intestaterbfolge zu dem in verschiedenen Ländern befindlichen Nachlaß eines Verstorbenen, ohne Unterschied, ob er in beweglichen oder unbeweglichen Sachen bestehe, sich nach den Gesetzen des Landes, wo sich der Nachlaß befindet, richte, folgt aus obigem Grundsatze von selbst [30]. Die meisten Rechtslehrer wollen zwar den in einem fremden Lande befindlichen beweglichen Nachlaß nach den Gesetzen des Wohnorts des Erblassers vererben lassen [31], nach der Regel: **mobilia ossibus inhaerent**, welche aber schon an sich keinen gesetzlichen Grund hat [32] und noch weniger geeignet ist, die Wirkung einer fremden Landeshoheit auf das in jenem Lande befindliche Vermögen, mit Einschluß der darin ausstehenden Activfoderungen zu beschränken. Einige Rechtslehrer [33]

---

§. 80. Mein System des Concursprocesses. B. I. §. 31. z. E.

[30]) Mevius. P. II. decis. 99 et 100. P. V. decis. 164. Voet. §. 9. in fin. Vergl. Leyser, spec. 421. medit. 1 — 4.

[31]) Carpzov. P. II. const. 14. defin. 54. Sande, Lib. IV. Tit. 8. defin. 7. Huber. §. 15. Hert. §. 13 welcher jedoch in §. 15. ein Französisches Erkenntniß auf das Gegentheil anführt. Hommel, Rhaps. 409. XII. Danz. §. 53. S. 178. Glück. §. 44. S. 284. — Einige wollen nur den zufällig im Auslande befindlichen beweglichen Nachlaß nach den Gesetzen des Wohnorts des Erblassers beurtheilt wissen. Hert. §. 26. verglichen jedoch mit §. 29 und 30. Mevius. P. II. decis. 100. Voet. §. 11. 12 et 21. Zachariae. l. c. §. 5.

[32]) Martin, Rechtsgutachten und Entscheidungen des Spruchcollegiums der Universität Heidelberg. Bd. I. Num. II. §. 12.

[33]) Pufendorf. T. I. obs. 28. Koch, successio ab in-

wollen die Gesetze des Wohnorts des Erblassers selbst auf ausländische Nachlaß-Grundstücke anwenden, theils wegen des römischen Begriffs einer Erbschaft als einer vom Erblasser, mithin von dessen Wohnorte aus repräsentirten Masse, welche als res incorporalis nirgends belegen und untheilbar sey, theils wegen der Präsumtion: daß der Erblasser seinen ganzen Nachlaß nach den Gesetzen seines Wohnorts habe vererben wollen [34]. Allein dem letztern Grunde steht mit gleicher Stärke die Vermuthung entgegen: daß der Erblasser, weil er kein Testament errichtet und sein Vermögen unter verschiedenen Landeshoheiten bis an seinen Tod gelassen und behalten hat, selbiges nach den verschiedenen Landesgesetzen habe vererben wollen; der erstere Grund aber ist deshalb unhaltbar, weil die verschiedenen Landeshoheiten, unter welchen der Nachlaß befindlich ist und die damit von selbst in Anwendung tretende Verschiedenheit der Gesetzgebungen in dieser Beziehung die Einheit der Erbmasse aufhebt und einzelne Massen herausstellt, deren jede für sich das Wesen einer römischen Erbschaft darstellt, dafern in jedem dieser Länder das römische Recht gilt. Ueberdieß bietet diese Theorie

---

testato. Giess. 1798. §. 14. Eichhorn. §. 35. Schmidt, Oeffentl. Rechtssprüche. Jena. 1777. Erster Abschn. Num. XVI. Martin, a. O. §. 9. u. f.

34) Von dieser Präsumtion lassen Pufendorf, Koch und Eichhorn a. O. nur dann eine Ausnahme zu, wenn die Gesetze des Orts der gelegenen Grundstücke die Anwendung anderer Landesgesetze über die Erbfolge ausdrücklich verboten hätten.

der Gegner keine Entscheidung für den Fall dar: wo der Erblasser zwei Wohnsitze in verschiedenen Ländern besaß und noch in einem dritten Lande Vermögen hinterließ [35]).

Mit dem Wegzuge eines Landeseinwohners in ein anderes Land, wo er einen festen Wohnsitz nimmt, ändern sich in Beziehung auf künftigen Erwerb selbst dessen Zustandsrechte, die von nun an nach den Ge-

---

[35]) Der Sachsenspiegel B. I. Art. 30. bestimmt: „Ein jeder ins Land gekommener Mann empfähet Erbe binnen den Sächsischen Landen nach des Landes Rechte und nicht nach des Mannes Rechte, er sey ein Bayer, Schwabe oder Franke.“ Auch die Chursächs. Constitution 38. P. III. geht von dem Falle aus, wo ausländische Obrigkeiten den in ihren Bezirken gelegenen beweglichen Nachlaß nach ihren eigenen Landesrechten beurtheilen, die Chursächs. Decision 54 v. J. 1661 aber spricht nur von inländischen verschiedenen Ortsrechten, denen jedes Grundstück unterworfen seyn solle. — Das Preußische allgemeine Landrecht, Einleitung §. 28. 29 und 30. verbunden mit §. 34. bestimmt: daß das bewegliche Vermögen eines Menschen nach den Gesetzen seiner ordentlichen Gerichtsbarkeit und, wenn diese doppelt ist, nach den Gesetzen derjenigen ordentlichen Gerichtsbarkeit, wo sich die Sache befindet, beurtheilt werden soll, oder, wenn sich die Sache außerhalb beider Gerichtsbarkeiten befindet, nach den Gesetzen desjenigen Ortes darunter, welche dem allgemeinen Preußischen Rechte am nächsten kommen. Ferner ist nach §. 31. das bewegliche Vermögen eines Menschen ohne festen Wohnsitz nach den Gesetzen seines jedesmaligen Aufenthalts, mit Rücksicht auf seinen persönlichen Stand, zu beurtheilen, und nach §. 32. steht das unbewegliche Vermögen, ohne Rücksicht des Eigenthümers unter den Gesetzen der Gerichtsbarkeit, unter welchen es sich befindet.

setzen des neuen Wohnsitzes beurtheilt werden, z. B. die Volljährigkeit, Wechselfähigkeit, die Befähigung zur Verehelichung. Dagegen bleiben die vermöge des frühern Zustandes bereits erworbenen Rechte, z. B. eheliche Gütergemeinschaft des bisher besessenen Vermögens, in ihrer Kraft [36]).

Die bis hieher aufgestellte Theorie von Collision verschiedener Gesetzgebungen ist noch gegen zwei abweichende Ansichten anderer Rechtslehrer zu vertheidigen, welche, wenn sie begründet wären, unsere Grundsätze wenigstens bedeutend modificiren würden. Nemlich

A) einige Juristen hegen die Meinung: ein Vertrag, welcher an einem andern Orte, als wo er geschlossen wurde, erfüllt werden soll, sey nach den Gesetzen des Orts der Erfüllung zu beurtheilen [37]). Allein die dafür angezogenen römischen Gesetzstellen [38]) sprechen bloß von der Competenz des Gerichts, unter welchem der Ort der Contracts-Erfüllung steht, und sind schon an sich auf unsere Frage, welche nach den natürlichen Grenzen der Landeshoheit festzustellen ist, nicht anwendbar [39]). Hiernächst würde

---

[36]) Huber. §. 9. Hert. 5. in fin. Danz. §. 53. S. 176 und 183. Verglichen: Tittmann. §. 21. et not. 43. § 24 sqq. Abweichend ist Eichhorn. §. 35. Not. g.

[37]) Huber. §. 10. von Bülow und Hagemann, Practische Erörterungen. Num. LIV. §. 3. Tittmann. §. 40 et 41.

[38]) Die bereits in Note 1. mit angeführt sind.

[39]) Die von Huber a. O. §. 1. gegebene richtige Entscheidungsquelle hat derselbe in §. 10. ohne Grund bei Seite gesetzt.

auch jenes Criterium die Gleichheit der Rechtsverhält-nisse unter den Contrahenten zerreißen und den Fall herbeiführen, daß bei gegenseitigen Contracts-Verbindlichkeiten die Erfüllung auf der einen Seite sich nach andern Landesgesetzen richtete, als die Erfüllung auf der andern Seite. Zum Beispiel: wenn ein Sachse und ein Preuße in Leipzig einen Kauf geschlossen hätten, wornach der Preuße, welcher erst 23 Jahre alt wäre, dem Sachsen eine Partie Waare nach Leipzig schicken, letzterer aber das Geld an den Wohnort des Preußen einsenden sollte: so wäre der Ort der Erfüllung dieses Contracts doppelt. Da nun nach Sächsischem Recht dieser Vertrag gültig ist, nach Preußischem Recht aber nicht, weil der Preuße noch nicht volljährig war, so würde zwar der Preuße von dem Sachsen bei dem Sächsischen Gericht Erfüllung fodern können, nicht aber der Sachse von dem Preußen vor dem Preußischen Gericht. Oder wenn ein Preuße mit einem Sachsen in Sachsen einen außergerichtlichen Vergleich eingegangen hätte, wornach das Bewilligte von dem Sachsen nach Preußen, von dem Preußen aber nach Sachsen zu schicken wäre, so würde, dafern der Sachse in Preußen auf Erfüllung klagte, der Preuße ihm die Einrede der Verletzung über die Hälfte entgegenzusetzen nicht befugt seyn [40]), wohl aber der Sachse, wenn der Preuße wider ihn in Sachsen klagte [41]). — Auch in der Art der Erfüllung wür-

---

[40]) Preußisch. allgem. Landrecht. Th. I. Tit. 16. §. 438.

[41]) Chursächs. Constitut. 34. P. II.

den Ungleichheiten eintreten, z. B. daß der eine Theil in gutem Gelde zahlen müßte, während der andere Theil, z. B. die Entschädigung für Nichterfüllung des Contracts, in schlechterer Münzsorte zu zahlen hätte. Nach welchen Landesgesetzen sollte dann die Form doppelseitiger Verträge eingerichtet werden, wenn an jedem Orte der Erfüllung eine andere Form vorgeschrieben wäre, z. B. der Gebrauch des inländischen Stempelpapiers als Bedingung der Gültigkeit des Contracts, während vielleicht am Orte des geschlossenen Vertrags nicht einmal die für die ausländische Form erforderliche Anstalt vorhanden oder zulässig wäre? — Diese Ansicht würde die rechtlichen Wirkungen der Verträge mit Ausländern anstatt von einem festen Rechtsprincip, vielmehr von dem bloßen Zufall abhängig machen, nemlich davon: welcher von beiden Contrahenten zuerst auf Erfüllung klagte? [42]).

Indeß schließt unser Grundsatz: daß die Contracte mit Ausländern oder die einseitigen Dispositionen eines Inländers, die er im Auslande vornimmt, nach den Gesetzen des Ortes der Willenserklärung sich richten, nicht aus: bei Interpretation der Willens-Erklärungen darauf Rücksicht zu nehmen, welchem Lande jeder Contrahent oder Disponent angehöre? um im Zweifelsfall darnach die Art der Erfüllung dessen, was Jeder versprochen oder bewilligt hat, zu bestimmen, besonders wenn unter Abwesenden ein Vertrag schriftlich geschlossen worden ist; z. B. daß der

---

[42]) Unserer Meinung sind **Hert.** §. 10. und **Leyser.** spec. 73. med. 3.

Franzose bei versprochener Waaren-Lieferung französisches Maaß und Gewicht gemeint habe, der Preuße die Zahlung in Preußischem Münzfuße habe leisten wollen [43]).

B) Gleich irrig ist die Meinung, als sey die Frage über Anwendung collidirender Gesetze verschiedener Länder bei Verträgen nach einer zu präsumirenden Wahl der Contrahenten selbst zu entscheiden. Denn, obschon überall die rechtliche Vermuthung gilt: daß die Landeseinwohner die Gesetze ihrer Heimath kennen, so enthält doch der Fall, wo ein Inländer mit einem Ausländer contrahirt oder zwei Personen verschiedener Länder in einem dritten Lande, kein Moment, welches auf eine dabei von den Parteien selbst stillschweigend vorausgesetzte Wahl der einen Gesetzgebung vor der andern hindeutete. Wie das Leben insgemein ist, so setzen beide Contrahenten nur überhaupt die Gültigkeit ihrer Verabredungen voraus und das Vertrauen auf gegenseitiges Worthalten, ohne welches sie sich mit einander nicht würden eingelassen haben, läßt sie seltner schon jetzt an die Möglichkeit denken, daß sie künftig gegen den andern Theil zu gerichtlicher Erörterung der Wahrheit und Gültigkeit ihrer Verhandlungen genöthigt würden. Die präsumtive Unbekanntschaft des einen Contrahenten mit der fremden Gesetzgebung, unter welcher die Person des andern Contrahenten steht, schließt die Vermuthung: daß sich der eine Theil den fremden Gesetzen

---

43) Vergl. Voet. §. 19. Leyser. spec. 421. medit. 5 et 6. Tittmann. p. 44. Eichhorn. §. 37.

des andern Theils freiwillig von selbst unterwerfe, aus. Für wessen Contrahenten Landesgesetze sollte denn auch diese Vermuthung der Unterwerfung streiten, vornemlich wenn zwei Personen aus verschiedenen Ländern in einem dritten Lande contrahiren?

Zwar würde es, wenn zwei Personen aus einem und demselben Lande in einem andern Lande ein Geschäft abgeschlossen hätten, für beide weniger drückend seyn, wenn ihr Geschäft nach den Gesetzen ihrer Heimath beurtheilt würde, allein eine staatsrechtliche Basis und hieraus für den erkennenden Richter fließende Verbindlichkeit, diese Gesetze anzuwenden, ist dafür nicht zu finden, sondern es dient dießfalls bloß der oben aufgestellte Grundsatz: Rechtshandlungen nach den Gesetzen des Landes zu richten, in welchem sie vorgenommen wurden, zur Richtschnur. Ohnehin wäre es ja auch denkbar: daß das von zwei Landsleuten in einem andern Lande vorgenommene Geschäft nach den Gesetzen ihres gemeinschaftlichen Vaterlandes ungültig wäre, oder für den einen Theil sich lästiger darstellte, als wenn es nach den Gesetzen des Contract-Ortes beurtheilt würde, wo sich vielleicht zugleich die Gegenstände des Contracts befinden, über welche bisweilen die Localgesetzgebung besondere Vorschriften enthält und deren Anwendung die Contrahenten mit mehr Wahrscheinlichkeit vorausgesetzt haben, als andere Landesgesetze, weil diese schon nach der gemeinen Meinung vorgehen.

Nur in dem einzigen Fall: wo der von zwei Personen desselben Vaterlandes in einem fremden Lande geschlossene Contract über Gegenstände, die sich nicht

in diesem fremden Lande befinden, nach den Gesetzen dieses Landes zwar nicht verboten, aber doch ungültig seyn würde, während er nach den Gesetzen ihres Vaterlandes gültig wäre, läßt sich die Anwendung ihrer vaterländischen Gesetze, sofern daraus vor ihren vaterländischen Gerichten geklagt wird, vertheidigen [44]), weil dann die Landeshoheit jenes fremden Landes in einem solchen Vertrage keinen Gegenstand ihrer Gewalt findet und der vaterländische Richter der Contrahenten die Wirkungen des Vertrages nicht für Ausländer und ausländisches Vermögen ausspricht. Gleiche Gültigkeit läßt sich auch für einseitige Dispositionen behaupten, welche Jemand über sein inländisches Vermögen im Auslande vorgenommen hat, z. B. wenn ein Sachse über sein Sächsisches Vermögen in Oesterreich ein Testament nach Sächsischer Form, nicht nach Oesterreichischer, errichtet hat [45]). Zu dieser Kategorie ist auch der Fall zu rechnen, wo ein Inländer die Heirath im Auslande der Braut vollzieht, welche ihm in sein Land folgt. Denn durch die Heirath selbst wird die Frau zur Inländerin, da sie dem Wohnsitze des Mannes folgen muß. Hier haben folglich 2 Inländer im Auslande das Band für ihre inländischen Verhältnisse geknüpft, und zwar, soweit

---

[44]) Voet. §. 15. Hert. §. 10. in fin. Vergl. Tittmann. §. 16. Thibaut. §. 36. Num. 2. Eichhorn. §. 35. Num. 3. — Anderer Meinung ist Weber. §. 62. Note 2., welcher aber auch hier den Unterschied des inländischen und ausländischen Vermögens übersehen hat; ingleichen Danz. §. 53. S. 181.

[45]) Zachariae. §. 2.

diese Verhältnisse das bereits erworbene Vermögen jedes Ehegatten afficiren, der Mann über sein inländisches, die Frau über ihr ausländisches Vermögen sich dem Eheverhältnisse unterworfen. Sofern nun im Auslande der Braut eine allgemeine eheliche Gütergemeinschaft Rechtens wäre, die im Inlande des Mannes nicht Statt fände, würde Zweifel entstehen: ob der Ehevertrag in Beziehung auf das bereits der Braut zugehörige ausländische Vermögen, weil der Vertrag im Auslande geschlossen worden, nicht Gütergemeinschaft bewirke? — Allein da diese ohne Miteigenthum an dem Vermögen des Mannes im Inlande nicht denkbar, vielmehr dieses Rechtsverhältniß untheilbar ist, so wird das vaterländische Verhältniß des Ehemannes als das überwiegende anzusehen seyn, mithin eine Gütergemeinschaft hier nicht entstehen [46]).

Die bisherige Ausführung giebt nun von selbst an die Hand, daß die von einigen Juristen aufgestellte Regel: der Proceßrichter habe bei Handlungen der Ausländer überhaupt nur nach den Gesetzen seines Landes zu sprechen, als Regel grundfalsch ist [47]).

Was endlich die Frage betrifft: ob der Richter in den eintretenden Fällen Amtswegen die ausländischen Gesetze berücksichtigen könne oder müsse: so dürften dabei folgende Umstände zu unterscheiden seyn:

1) Hat die Partei, zu deren Gunsten die ausländischen Gesetze sprechen, sich an Anführung oder

---

[46]) Vergl. Huber. §. 10., welcher jedoch seine richtige Entscheidung auf einen unrichtigen Grund baut. Tittmann. §. 43.

[47]) Martin, Rechtsgutachten a. O. §. 13.

Beweise der Thatsachen versäumt, auf welche die ausländischen Gesetze anzuwenden waren, so fällt damit der Gebrauch der letztern von selbst weg, indem dieß in gleichem Falle selbst bei inländischen Gesetzen eintritt.

2) Fehlt aber zu Anwendung ausländischer Gesetze im Facto nichts und der befugte Theil hat sich

a) ausdrücklich auf jene Gesetze bezogen, ohne selbige beizubringen, so wird wenigstens die Befugniß des Richters, darauf zu sprechen, Niemand bezweifeln. Sollte der Richter aber jene Gesetze nicht besizzen, noch mit leichter Mühe sich verschaffen können, so würde ihn die Regel: jura novit curia, wenigstens dazu verpflichten: der auf die ausländischen Gesetze sich beziehenden Partei mittels Resolution oder Interlocuts die Beibringung dieser Gesetze binnen gewisser Frist unter der Verwarnung: daß selbige außerdem nicht beachtet würden, aufzugeben.

In diesem Falle, wo die Partei sich nicht an der Beziehung auf die einschlagenden Thatsachen versäumt hat, kann sie selbst noch in der Appellationsinstanz die Berufung auf die anwendbaren ausländischen Gesetze nachholen, da diese den Richter nur aufmerksam macht, die richtigen Gesetze zur Richtschnur zu nehmen (als exceptio vel replica juris).

b) Ist von Seiten der betreffenden Partei die Beziehung auf einschlagende ausländische Gesetze unterblieben, so ist der Richter zwar befugt, Amtswegen darauf Rücksicht zu nehmen, aber nicht dazu verbunden.

Uebrigens nehmen inländische Spruchbehörden, an welche ausländische Processe zur Entscheidung eingesendet werden, auch dießfalls die Stelle des ausländischen Richters ein.

II.

Wenn ein Correalgläubiger seine Foderung in den mehreren Concursen seiner Correalschuldner liquidirt und aus der Masse des einen Schuldners einen Theil seiner Foderung bezahlt erhalten hat, ist diese Zahlung auf die auch in den andern Concursen liquidirte Correalfoderung abzurechnen, dergestalt, daß nur der Ueberrest zur Basis dient, um das in den übrigen Concursen ausfallende Perceptionsquantum zu bestimmen?

Es ist ein aus der strengen Anwendung der Novation [1]) hervorgehender Grundsatz, daß die rechtlichen Verhältnisse der Gläubiger und Schuldner auch in Concursen in der Regel dieselben bleiben, wie sie vorher und außerhalb des Concurses bestanden haben, mithin Veränderungen derselben nur aus speciellen Gesetzen oder aus der einem Concurse eigenthüm-

---

[1]) L. ult. Cod. de novationib. (8. 42.)

lichen Natur abzuleiten sind [2]), und sich als Ausnahmen darstellen. Correalschuldner sind nicht ein Jeder eine verschiedene Summe schuldig, sondern alle zusammen nur eine Summe, obschon Jeder für die ganze Summe zu haften hat, so lange nicht einer darunter die Schuld ganz oder theilweise getilgt hat [3]). Ausserhalb des Concurses mindert eine durch einen Correalschuldner geleistete Abschlagszahlung die ganze Foderung und der Zahlende nebst den übrigen Correalschuldnern haftet nur noch solidarisch für den Ueberrest [4]). Wenn daher zu dem Vermögen der Correal-

---

2) Mein System des Concursprocesses nebst der Lehre von den Classen der Gläubiger. 2te Ausg. Lpz. 1828. B. I. §. 59. u. f.

3) Ulpian drückt sich in L. 3. §. 1. ff. de duob. reis constit. (45. 2.) also aus: „ubi duo rei facti sunt, potest vel ab uno eorum solidum peti, hoc est enim duorum reorum, ut unusquisque eorum in solidum sit obligatus possitque ab alterutro peti, partes autem a singulis peti posse, nequaquam dubium est, quemadmodum et a reo et fidejussore petere possumus: Utique enim, cum una sit obligatio, una et summa, est: ut, sive unus solvat, omnes liberentur, sive solvatur ab altero, liberatio contingat.“

4) L. 8. §. 1. ff. de legatis I. (30) „Si ita scriptum sit, Lucius Titius aut Maevius heres meus decem Sejo dato: cum utro velit, Sejus aget: ut si cum uno actum sit et solutum, alter liberetur: quasi duo rei promittendi in solidum obligati fuissent. Quid ergo, si ab altero partem petierit? Liberum cui erit ab alterutro reliquum petere. Idem erit, et si alter partem solvisset.“ — L. 15. ff. de tutelae et rationib. distrah. (27. 3.) „Si ex duobus tutoribus cum altero quis transegisset, quamvis ob dolum communem: transactio nihil proderit alteri: nec immerito, cum unusquisque doli sui poenam sufferat. Quod si conventus alter praestitisset, proficiet id, quod praestitit, ei, qui conventus non est: licet enim doli

schuldner späterhin Concurse ausbrechen, so kann der Correalgläubiger, welcher bereits vorher theilweise befriedigt worden ist, darin nicht den ursprünglichen Betrag seiner Foderung liquidiren, sondern nur den noch unbezahlten Theil derselben, und wenn er aus dem einen Concurse wieder nur einen Theil erhält, so mindert sich seine Foderung noch weiter, so daß er nur den Ueberrest in dem andern Concurse fodern kann. Dabei ist es gleichviel: ob ihm in einem früheren Separatproceß, oder auch in dem Locationsurthel eines frühern Concurses die ursprüngliche Summe seiner Foderung bereits voll zuerkannt worden war: denn die Rechtskraft eines solchen Erkenntnisses schließt nicht die durch nachherige Abschlagszahlung eingetretene Minderung der zuerkannten Summe aus. Ohnehin gehört die Einrede der Zahlung unter die privilegirten.

Da Concurse ihrem Wesen nach Insolvenz des Gemeinschuldners voraussetzen, mithin wenigstens die chirographarischen Gläubiger darin nicht ihre volle Befriedigung erhalten können, sondern nur so viel, als nach Befriedigung der bevorzugten Gläubiger von der Masse übrig bleibt und pro rata auf ihre Foderungen ausfällt, so darf zwar jede aus der Concursmasse geleistete Abschlagszahlung nur auf das durch den Di-

---

ambo rei sint, tamen sufficit unum satisfacere: ut in duobus, quibus res commodata est, vel deposita, quibusque mandatum est." Joh. Chrph. Francke, Inst. jur. camb. Lib. I. Sect. V. Tit. VI. §. 5. pag. 184.

stributionsbescheid künftig zu bestimmende oder bereits bestimmte Perceptionsquantum abgerechnet werden, und der hierdurch theilweise befriedigte Correal-Gläubiger behält an diese Concursmasse nur Anspruch auf Auszahlung des rückständig gebliebenen Perceptionsquantums, nicht auf Befriedigung seiner ganzen Foderung nach der im Locationsurthel bestimmten Höhe. Der Concursrichter ist weder berechtigt, noch verbunden, diese Abschlagszahlung auf die Rechnung eines andern Correalschuldners, zu dessen Vermögen etwa auch Concurs ausgebrochen ist und worin derselbe Gläubiger dieselbe Correalfoderung liquidirt hat, zu setzen, weder zu Minderung der in diesem andern Concurs locirten Summe, noch des darin bestimmten Perceptionsquantums. — Allein, da die in zwei oder mehreren Concursen der Correalschuldner liquidirte Correalfoderung immer nur eine und dieselbe bleibt (angef. Gesetz. in Note 3.), und jede Abschlagszahlung ipso jure die ganze Foderung mindert [5]); so sinkt durch die in einem der mehrern Concurse an einen Correalgläubiger auf das darin ausfallende Perceptionsquantum geschehene Zahlung die Correalfoderung, sollte sie auch in einem der andern Concurse bereits nach ihrer ursprünglichen Höhe rechtskräftig locirt seyn, von selbst auf denjenigen Betrag herab, der nach Abrechnung der Abschlagszahlung übrig bleibt, so, daß nur dieser Minderbetrag als locirte Summe stehen bleibt, nach deren Höhe künftig in diesem zweiten Concurse das

---

[5]) L. 95. §. 4. ff. de solutionib. (46. 3.)

Perceptionsquantum auszuwerfen ist. Der Correalgläubiger darf sich folglich nicht anmaßen: die in dem ersten Concurse erhaltene Perceptionssumme etwa auch in dem zweiten Concurse bloß auf das darin für ihn nach Höhe der locirten Summe ausfallende Perceptionsquantum abzurechnen. Z. B.: Er hat seine Correalfoderung von 1000 Rthlrn. in den zwei Concursen seiner beiden Correalschuldner liquidirt und ist in beiden Concursen mit dem vollen Betrage locirt worden. Jetzt wird ihm in dem einen Concurse das ausgeworfene Perceptionsquantum mit 800 Rthlrn. bezahlt, während der andere Concurs zu Vertheilung der Masse noch nicht reif ist. Jene Zahlung der 800 Rthlr. mindert nun ipso jure seine Foderung auf 200 Rthlr. und nur diese übrige Summe ist in dem zweiten Concurse noch als locirt zu betrachten; nur dieser Betrag gewährt darin noch die Basis, nach welcher in diesem Concurse sein Perceptionsquantum auszuwerfen ist, nicht aber der ursprüngliche Betrag seiner Foderung. Wenn demnach die in dem zweiten Concurse für die chirographarischen Gläubiger übrig bleibende Masse nur die Hälfte ihrer Foderungen deckt (nur 50 Procent abwirft), so ist das Perceptionsquantum jenes Correalgläubigers nicht mit 500 Rthlrn. (von 1000), sondern nur mit 100 Rthlrn. (von 200), anzusetzen; wobei der Gläubiger mit 100 Rthlrn. leer ausgeht. Hätte er nun noch in einem dritten Concurse eines dritten Correalschuldners seine Foderung liquidirt und vor Vertheilung dieser dritten Masse jene 800 Rthlr. und 100 Rthlr. aus dem ersten und zweiten Concurse erhalten, so wäre ebenfalls

nur der Ueberrest an 100 Rthlrn. der Betrag, nach welchem sich sein Perceptionsquantum bestimmte; mithin, wenn darauf nur 50 Procent ausfallen, büßt er 50 Rthlr. ein. — Der Correalgläubiger kann hierin vor einem singulären Gläubiger keinen Vorzug haben und dieser, wenn ihm vor Ausbruch des Concurses von seinem Schuldner oder auch während des Concurses von einem Dritten etwas abschläglich bezahlt worden ist, darf eben so wenig die Location der ursprünglich höhern Summe fodern, sondern nur die des Ueberrests [6]).

Daß auch ein Correalgläubiger die erhaltene Partialzahlung auf seine Foderung abrechnen müsse, ist an sich klar; daß er ferner die im ersten Concurse erhaltene Abschlagszahlung nicht bloß auf die Perceptionssumme des zweiten Concurses, sondern auf die darin locirte Post abzurechnen habe und nur nach Höhe des davon bleibenden Ueberrests das künftige Perceptionsquantum im zweiten Concurse zu bestimmen sey, lehrt ebenfalls die Natur der Sache. Denn, wollte er die Abschlagszahlung nur auf das Perceptionsquantum des zweiten und dritten Concurses abrechnen, so würde er oft gar nichts mehr aus den Massen dieser Concurse erhalten, so oft nämlich die im ersten Concurse erhaltene Zahlung bereits die Höhe des im zweiten und dritten Concurse bestimmten Perceptionsquantums erreichte.

Gleichzeitige Eröffnung und Durchführung

---

[6]) L. 9. §. 1. ff. de solutionib. (46. 3.)

der zu dem Vermögen mehrerer Correalschuldner entstandenen Separatconcurse vor verschiedenen Gerichten, unter gleichzeitiger Ertheilung der Locations-Erkenntnisse und Distributionsbescheide, ist nicht wohl möglich. Hätte aber ein und dasselbe Concursgericht jene mehreren Concurse wirklich gleichzeitig eingeleitet und durchgeführt, auch zu derselben Zeit die Massen zur Distribution gebracht, so wäre zwar auch das Perceptionsquantum des Correalgläubigers zunächst nach der in jedem Separatconcurse eingetretenen Rangordnung nnd nach den Kräften dieser Masse zu bestimmen, jedoch, dafern diese verschiedenen Perceptionssummen die Höhe der ganzen Correalfoderung überstiegen — z. B. wenn die eine Masse 30 Procent, die andere 40 Procent, die dritte 50 Procent abwirft — der Ueberschuß vom Richter Amtswegen pro rata eines jeden Perceptionsquantums jeder Masse wieder zuzutheilen.

Es ist weder erfoderlich, noch zuläßig, noch ausführbar: daß die verschiedenen Concursrichter die Distribution der Massen der Correalschuldner bis zu einem und demselben Zeitpunkt für alle Massen verschieben, sondern jedes Concursgericht ist verbunden, den Concursproceß möglichst zu beschleunigen und, sobald das Locationserkenntniß allenthalben in Rechtskraft getreten, die Masse zusammengebracht ist und zur Vertheilung bereit liegt, zur Distribution wirklich zu schreiten. Hätte nun der Correalgläubiger bei Vertheilung der zweiten Masse, weil der Richter von einer Zahlung aus der ersten Masse nicht in Kenntniß gesetzt worden war, ein so hohes Perceptionsquantum

erhalten, daß es mit Einrechnung der aus der ersten Masse geleisteten Zahlung die ganze Foderung des Correalgläubigers überstieg, so ist in diesem Fall der Ueberschuß keineswegs an beide Massen pro rata zurückzugeben, sondern weil die frühere Zahlung im ersten Concurse die Foderung ipso jure minderte, so hat der Richter des zweiten Concurses nach dem gebliebenen Betrage derselben annoch das Perceptionsquantum aus seiner Masse anders zu bestimmen und das Zuvielbezahlte von dem Correalgläubiger zu seiner Masse zurückzuziehen. Demnach tritt der Fall: daß ein Concursgericht von dem andern das Zuvielbezahlte einziehe, hierbei nicht ein.

Mit den bisher verhandelten Rechtsgrundsätzen sind jedoch nicht alle Rechtslehrer einverstanden und mehrere wollen in dem vorgelegten Falle einer in mehreren Concursen der Correalschuldner liquidirten Foderung die in dem einen Concurse geschehene Abschlagszahlung so lange gar nicht beachtet wissen, als der Correalgläubiger nicht völlig befriedigt worden ist [7]). Wenn wir unsere Meinung oben aus der Natur der Correalverbindlichkeit und der rechtlichen Wirk-

---

[7]) Scherer, Handbuch des Wechselrechts. Th. II. voce: Indossatar. §. 12 S. 72. — Reinhard, Ordnung der Gläubiger. §. 212. S. 252., welcher jedoch daselbst nicht seine eigene Ansicht aufstellt, ja die Frage für unauflöslich hält. Carol. Einert, progr. de locando creditore cambiali, qui regressum exercet, in concursibus creditorum. Lips. 1829.

ung der Zahlung vertheidigten, so glauben auch die Gegner: daß ihre abweichende Ansicht der Correalverbindlichkeit gemäß sey. Allein vergeblich beziehen sie sich auf **L. 1. §. 43. ff. depositi (16. 3.)** und auf **L. 28. Cod. de fidejussorib. (8. 41.)** indem beide Gesetze weiter nichts sagen: als daß durch die bloße Klage gegen einen **correum debendi** der andere Correalschuldner nicht liberirt werde, sondern erst durch Bezahlung; wobei der Fall abschläglicher Zahlung nicht einmal erwähnt ist.

Ein anderer Grund der Gegner, daß die Correalverbindlichkeit bezwecke: dem Gläubiger volle Befriedigung zu sichern, beweist auch nichts. Denn das Recht eines jeden Gläubigers auf volle Befriedigung ist factisch durch die Vermögensverhältnisse des Schuldners bedingt. Bei der Correalverbindlichkeit ist dem Gläubiger bloß durch die Mehrzahl der Schuldner eine größere Garantie seiner Befriedigung gegeben, allein diese wird von selbst vermindert, wenn sämmtliche Correalschuldner in Armuth gerathen. Uebrigens steht ja mit jener durch die Mehrzahl von Schuldnern gegebenen größeren Sicherheit des Correalgläubigers die Frage: ob sich nicht derselbe eine abschlägliche Zahlung auf seine Foderung abrechnen lassen müsse, in gar keiner Verbindung!

Endlich stellen die Gegner zu Vertheidigung ihrer Meinung noch den Satz auf:

> daß die Concursmassen der mehrern Correalschuldner für eine Masse anzusehen seyen, welche für die ganze Correalfoderung hafte, und Insolvenz von selbst ausschließe.

Dieser Satz ist aber offenbar unrichtig. Zwar haften für dieselbe Foderung mehrere Correalschuldner, jeder mit seinem Vermögen, doch nicht pfandweise, mithin weder ausschließlich, noch vorzüglich, sondern das Vermögen eines jeden nachher verschuldeten Correalschuldners haftet für die Correalschuld nur in soweit, als es nicht für bevorzugte andere Schulden desselben Gemeinschuldners aufgeht und als nicht andere gemeine Gläubiger selbiges pro rata ansprechen. Daher besteht der Vermögens- und Schulden-Bestand eines jeden Correalschuldners für sich und ist besonders zu beurtheilen. Ihre Vermögensmassen sind nicht für eine Masse anzusehen, da sie als Correalschuldner noch nicht in einer Universal-Compagnie, am wenigsten im vollsten Sinne des Worts [8]) stehen, sondern nur in einem solidarischen Gesellschafts-nexu hinsichtlich einer Correalfoderung ihres Gläubigers. Letzteres Verhältniß hindert aber keinen unter ihnen, für sich noch Separat-Verbindlichkeiten zu contrahiren und dabei ihren Gläubigern Vorzugsrechte einzuräumen, dafern diese nicht ohnehin gesetzliche Vorzugsrechte genießen. Ja, diese Concurrenz mehrerer verschiedenen Gläubiger, für deren Befriedigung das Vermögen der Correalschuldner nicht ausreicht, ist selbst die Bedingung, unter welcher zu eines Jeden Vermögen der besondere Concurs eröffnet worden ist. Dabei kommt das Vermögen und die Schulden eines

---

[8]) Vergl. mein Syst. des Concursprocesses. B. I. §. 66. S. 116. 2te Ausgabe.

Jeden besonders in Anschlag, die Gläubiger eines Jeden werden besonders locirt und wenn die Masse des Einen zu Befriedigung der chirographarischen Gläubiger gar nichts hergiebt, so geht auch der dazu sich mit gemeldete Correalgläubiger dabei leer aus oder wird bei versäumter Anmeldung präcludirt, während derselbe aus den Massen seiner übrigen Correalschuldner aus jeder ein Perceptionsquantum nach der Beschaffenheit einer jeden erlangen kann. Diesen unwiderlegbaren Rechtsverhältnissen würde große Gewalt angethan werden: wenn man die mehreren Massen eines jeden Correalschuldners als eine Masse betrachten und in dieser Consequenz etwa für die in den mehreren Concursen liquidirte Correalfoderung ein Perceptionsquantum nach dem Betrage jeder Masse im Ganzen auswerfen wollte, da vielmehr ein jedes Concursgericht das Perceptionsquantum nach der in seinem Concurse besonders erkannten Rangordnung der Gläubiger seines Schuldners, nach dem Betrage der Foderungen an diese Masse und nach Höhe dieser Masse zu bestimmen hat.

Auf die entgegengesetzte Meinung: daß nämlich die dem Correalgläubiger aus dem einen Concurse seines Correalschuldners zu Theil gewordene Partial-Zahlung auf seine auch in dem andern Concurse eines andern Correalschuldners liquidirte Foderung gar nicht abzurechnen sey und letztere, so lange sie nicht gänzlich getilgt sey, nach ihrem vollen Betrage in Anschlag komme, hat jedoch das Königl. Sächsische Appellationsgericht erkannt in dem Concurse der Gebrüder Freiherren von Odeleben (1823. I. C. Num.

9.) und durch Stimmenmehrheit in Johann Christian Püttner's Concurse 1828. II. D. Num. 42. und 1831. P. I. A. Num. 4. und 1831. P. II. C. Num. 19.

III.

Ist vor Eintritt der Bedingung oder der Verfallzeit eine Klage auf bloßes Anerkenntniß des bestehenden Rechtsverhältnisses gegen den daraus Verbundenen zulässig?

So wie ein wirklicher oder vermeintlicher Schuldner nach deutschen Sitten die Befugniß hat, seinen Gläubiger, sollte sich dieser des Anspruchs auch nur rühmen, mittels der Provocationsklage zu gerichtlicher Verfolgung des Anspruchs zu nöthigen, so scheint die Rechtsanalogie und die Gleichheit des rechtlichen Verhältnisses der Parteien den Schluß zu begründen: daß auch im umgekehrten Falle ein Gläubiger, dessen Anspruch der Schuldner bestreitet, selbst wenn die Leistung noch nicht fällig oder die Bedingung derselben noch nicht eingetreten ist, für befugt zu achten sey: vor der Hand wenigstens auf Anerkenntniß des Rechtsverhältnisses, wie es zur Zeit besteht, Klage zu erheben, damit hier, wie dort, das streitige Rechtsverhältniß zur Gewißheit gebracht und der Gläubiger über den Bestand seines Vermögens nicht in Zweifel gelassen werde. Auch fehlt es nicht an Rechtslehrern,

welche die Zulässigkeit einer solchen Klage verthei-digen [1]).

Allein bei einer nähern Prüfung der Gründe, worauf man diesen Rechtssatz stützt, und einer genauern Beleuchtung der aus dessen Anwendung für das bürgerliche Leben entstehenden Folgen, treten gegen dessen Richtigkeit und Ausführbarkeit die erheblichsten Bedenken hervor. Zunächst stößt dieser Rechtssatz an gegen die in den Gesetzen deutlich aufgestellte Regel: daß Klagen vor Eintritt der Bedingung oder Verfallzeit der Verbindlichkeit als noch zur Zeit un-

---

[1]) Schweitzer, über den Provocationsproceß. S. 58. und die daselbst in Note 67. angeführten Schriftsteller. Gottschalk, Disceptat. forens. Edit. 2. Tom. III. Cap. XII., wo auch mehrere Präjudizien des Königl. Sächs. Appellationsgerichts angeführt sind, in welchen die Zulässigkeit einer Klage auf Anerkenntniß künftiger Rechte wenigstens als Regel angenommen worden ist. Ja, noch in jüngster Zeit hat dieses hohe Gericht eine Klage auf Anerkenntniß eines Erbvertrags vor dem Tode des zu Beerbenden zugelassen in Sachen Beyer's ÷ Dumont's Vormund. 1830. P. I. D. Num. 1. u. 1830. P. II. C. Num. 20. Hingegen in einer Rescripts-Entscheidung, 1830. A. Num. 451. wurde das Urthel der Leipziger Juristen-Facultät, welche eine Klage auf Anerkennung eines Majorats in einem Familien-Fideicommisse deshalb: weil außer Klägern, noch ein älterer Verwandter gleichen Grades vorhanden war, noch zur Zeit und in angebrachter Maße abgewiesen hatte, aus vorigen Gründen bestätigt. Auch der Jenaische Schöppenstuhl hat in Sachen Christ. Gottl. Koch's ÷ Ad. Salom. Schünzeln (Num. 22. Mai 1822. Sondershausen), eine solche präparatorische Klage für unzulässig geachtet.

statthaft abzuweisen sind [2]) und zwar nach den Proceßordnungen der Lande Sächsischen Rechts selbst Amtswegen [3]). Hätten die Gesetze nur die unzeitige Klage auf jetzige Erfüllung der Verbindlichkeit abschneiden, hingegen den Antrag auf bloßes Anerkenntniß des Rechts zulassen wollen, so würden sie eine solche Klage nicht schlechthin zurückgewiesen, sondern nur bestimmt haben: daß das Verlangen der Leistung selbst für jetzt unstatthaft, jedoch zu prüfen und auszusprechen sey: ob das geklagte Rechtsgeschäft in Folge der Litiscontestation oder der beigebrachten Beweise in der Art, wie es Kläger dargestellt habe, wirklich bestehe oder nicht. Darüber enthalten aber die Gesetze nicht die mindeste Andeutung. Jener Rechtssatz steht sogar mit sich selbst in Widerspruch. Da nämlich Anerkenntniß einer Verbindlichkeit durch den Schuldner eine freiwillige Handlung (constitutum) ist, so kann es keine Klage geben, den Schuldner dazu zu nöthigen und die Klagen haben ihrer Natur nach nur die Erfüllung von Zwangsverbindlichkeiten zum Gegenstande [4]). Selbst Präjudicial-Klagen gehen zugleich auf den Genuß der mit dem Zustande verbun-

---

[2]) §. 33. Inst. de actionib. (4. 6.) §. 10. Inst. de exceptionib. (4. 13.) L. 2. pr. Cod. de plus petitionib. (3. 10.) L. 2. §. 4. ff. de except. (44. 1.)

[3]) Die in meiner Theorie des Sächs. bürgerl. Processes §. 62. Note 1. angeführten Landes-Proceß-Ordnungen, ingleichen Anhalt-Bernburgisches Rescript vom 31. Juli 1770. §. 10.

[4]) Als ein jus persequendi in judicio, quod sibi debetur. pr. Inst. de actionib. (4. 6.)

denen Rechte [5]). Daher mußte jener Rechtssatz wenigstens anders ausgedrückt und, — wie er sich auch nach der Absicht und Entwickelung seiner Vertheidiger herausstellt, — also gefaßt werden:

> ein Gläubiger sey befugt, seinen Schuldner selbst vor dem Eintritt der Bedingung oder Verfallzeit mittelst Klage zu nöthigen, daß er sich über die Wahrheit des in der Klage aufgestellten Rechtsverhältnisses in der Litiscontestation erkläre. Im Fall der Verneinung sey Kläger schon jetzt befugt, den Beweis desselben zu führen, wowider der Schuldner den Gegenbeweis zu richten habe. Der Richter spreche dann im Erkenntnisse nur soviel aus: daß das Rechtsverhältniß für wahr oder nicht wahr zu achten sey.

Allein eine solche Procedur stellt sich zugleich als eine über die gesetzlichen Grenzen hinausgehende Beweisführung zum ewigen Gedächtnisse dar. Denn obschon ein Gläubiger sich des Beweises zum ewigen Gedächtnisse als Mittels: sein Recht eher in juristische Gewißheit zu setzen, als er zur Klaganstellung ermächtigt ist, bedienen kann, so darf er es doch nur

---

5) L. 5. §. 8. ff. de agnosc. vel alend. liber. (25. 3.) L. 10. ff. de his, qui sui vel alieni jur. (1. 6.) L. ult. Cod. de alend. liber. (5. 25.) L. 21 et 27. Cod. de liberali causa. (7. 16.) Schmidt, Lehrb. von gerichtlichen Klagen und Einreden. Martin's Ausg. Jena, 1823. §. 228. 238. 247. Note h. §. 253. 281. 297. 313. 371. 381. 392 u. 397.

in dem Fall, wo ihn eine Verzögerung in Gefahr setzt, die Beweismittel zu verlieren, und diese Gefahr hat er zu bescheinigen [6]). Ferner wird dieses Hülfsmittel in den Gesetzen bloß als eine anticipirte Beweisführung gestattet, nicht aber als ein Proceß mit zugenöthigter Beantwortung einer Klage, worüber ein Urthel zu fällen sey. Auch schließt die strenge Anwendung dieser Ausnahmen-Gesetze eine Erweiterung der Beweisführung zum ewigen Gedächtniß auf Gestattung eines vollständigen Processes von selbst aus.

In den römischen interrogationibus in jure findet obiger Rechtssatz auch keine Stütze. Denn soweit selbige auf den wesentlichen Grund der Klage gerichtet wurden, sind sie schon vor Justinian außer Gültigkeit getreten, die übriggebliebenen präparatorischen interrogationes aber betreffen nur einzelne Umstände, wo mit einer verneinenden oder bejahenden Antwort sich die ganze Handlung endigte [7]).

---

[6]) L. 40. ff. ad Leg. Aquiliam (9. 2.) Cap. 5. X. ut lite non contest. (2. 6.) Cap. 41. X. de testib. (2. 19.) Cap. 4. X. de confirmat. utili. (2. 30.) A. Sächs. Proc. Ordn. Tit. XXVII. §. 1. Ernestin. Proc. Ordn. P. I. Cap. X. §. 35. Eisenach. Proc. Ordn. Tit. XVI. §. 2 — 4. Schwarzb. Proc. Ordn. P. II. Tit. XIV. §. 2 — 4. Vergl. Altenb. und Gothaisch. Proc. Ordn. P. I. Cap. XXVII.

[7]) L. 1. §. 1. ff. de interrogat. in jure (11. 1.) „Interrogatoriis autem actionibus hodie non utimur, quia nemo cogitur, ante judicium de suo jure aliquid respondere ideoque minus frequentantur et in desuetudinem abierunt; sed tantummodo ad probationes

Sowie nun ein solcher präparatorischer Proceß einer positiven Grundlage entbehrt, ja den Gesetzen selbst entgegen ist, so würde derselbe auch oft ganz überflüßig seyn und unnütze Kosten verursachen, nämlich alsdann, wenn die Bedingung des Rechts gar nicht einträte, z. B. es wäre der aus einem Erbvertrage berechtigte Theil vor dem zu beerbenden Contrahenten gestorben, oder durch spätere Ereignisse, durch Confusion, Compensation, Untergang der Sache das Klagerecht ohnehin aufgehoben, oder durch spätere Insolvenz des Schuldners vereitelt worden. Insbesondere kann eine vor der Niederkunft erhobene Schwängerungsklage auf Alimentation des Kindes sich erledigen, wenn das Kind todt geboren wird, oder bald nach der Geburt gestorben ist, oder sich widerlegen, wenn die Zeit der Niederkunft mit der angegebenen Zeit des Beischlafes nicht zusammentrifft, oder sich als unzureichend darstellen, wenn Zwillinge geboren werden. Eben so kann die Regreßklage gegen einen Anwalt wegen Versäumnisses im Concurse, welche vor dessen Beendigung erhoben worden, sollte auch das darüber ergangene Urthel den Anwalt in Ersatz des künftig sich ergebenden Schadenbetrags verurtheilt haben, nachher sich als überflüßig darstellen, dafern der spätere Distributionsbescheid darlegt, daß der Principal ohnehin im Concurse, selbst ohne Versäumniß,

---

litigatoribus sufficiunt ea, quae ab adversa parte expressa fuerint apud judices, vel in hereditatibus, vel in aliis rebus, quae in causis vertuntur." Thibaut, System des Pandectenrechts. §. 1262.

nicht zur Perception gelangt wäre. Ferner können spätere Gesetze und Zeitumstände das Rechtsverhältniß dergestalt modificirt haben, daß die in jenem präparatorischen Processe ergangene Entscheidung nicht mehr ausreicht und Kläger vor Eintritt der Bedingung oder der Zahlungszeit abermals zu Anstellung einer solchen präparatorischen Klage veranlaßt werden könnte, oder, wenn endlich die Bedingung eingetreten und die Zahlungszeit verflossen ist, es doch noch des Gebrauchs der Hauptklage bedürfte. Eine solche monströse Häufung der Processe über einen und denselben Gegenstand ist doch in der That mit der Gerechtigkeit nicht vereinbar.

Vergeblich sucht man für diesen präparatorischen Proceß eine Stütze in Leg. 40. ff. ad Leg. Aquiliam (9. 2.), worin demjenigen, welchem in einer Urkunde, die der Aussteller nachher durchstrichen hat, unter einer Bedingung eine Summe versprochen war, selbst vor Eintritt der Bedingung gestattet wird, auf summarisches Anbringen einstweilen Zeugen, die zur Zeit der Bedingung nicht mehr leben würden, gerichtlich abhören zu lassen. — Dieses Gesetz spricht nämlich nur von dem Beweise zum ewigen Gedächtniß, keineswegs von einem vorläufig mit dem Schuldner verhandelten Proceß über die Hauptsache, ja, es erfodert, wenn nachher die Bedingung eingetreten ist, eine besondere Klage auf Bezahlung der Schuld [8]).

---

[8]) „Sed tunc condemnationis exactio competit, cum debiti conditio exstiterit." Vergl. L. 36. in fin. ff. de reb. creditis (12. 1.) Godofred. ad Leg. 40. cit.

Die entgegengesetzte Meinung würde noch zu besondern Verwickelungen führen, nämlich zu den Fragen:

Kann in einem solchen präparatorischen Processe der Beklagte von peremtorischen Einreden Gebrauch machen und von welchen? Kann er z. B. die Einrede des Erlasses, der Compensation, der Cession der Foderung schon jetzt vorschützen? Soll dieser Proceß nur darauf beschränkt werden, daß die Wahrheit des in der Klage dargestellten Rechtsverhältnisses an sich festgestellt werde? oder soll das Rechtsverhältniß, wie es mit allen einschlagenden Umständen unter den Parteien besteht, ermittelt werden? —

Im erstern Falle wären die peremtorischen Einreden des Beklagten von selbst ausgeschlossen, im letztern nicht. Könnte nicht aber auch im letztern Falle der Beklagte darauf antragen: daß wenigstens für solche Einreden ihm der Beweis gestattet würde, welche ebenfalls noch erst von einer Bedingung abhangen oder für deren Wirksamkeit noch nicht die bedungene Frist abgelaufen ist? — In der That zeigt

---

Schweitzer, a. O. S. 58. Note 61. bezieht sich für seine entgegengesetzte Meinung noch auf Leg. 41. ff. de judiciis (5. 1.), welche aber nur soviel feststellt: daß man in judiciis bonae fidei ex justa caussa schon vor Eintritt des Zahlungstermins eine Sicherheitsleistung vom Schuldner fodern könne, und Beispiele solcher besondern Fälle enthalten L. 38. ff. pro socio. L. 27 et 67. eod. (17. 2.)

sich hier ein Beispiel, wie aus der ersten Inconsequenz noch viele andere folgen und wie gefährlich der erste von der Bahn eines geschlossenen Rechtssystems abweichende Schritt in seinen weitern Folgen ist.

Die bloße drückende Stellung, in welcher sich der Inhaber einer auf Bedingung oder Zeitfrist gestellten Foderung, die der Schuldner in Abrede stellt, befindet, kann unmöglich einen Rechtsgrund abgeben, für ihn, ohne Gesetz, jenen präparatorischen Proceß einzuführen. In derselben unangenehmen Lage befindet sich ja auch derjenige, welchen ein Gläubiger als Bürgen seiner erst in 10 Jahren fälligen Foderung bezeichnet, der es nicht ist. Auch ihm steht der Gebrauch der Provocation ex Lege: diffamari nur erst nach Ablauf der 10 Jahre zu. Nur dadurch kann er sich helfen, daß er auf die ihm zum Besten gereichende 10jährige Frist und auf die Einrede der Vorausklage eventuell verzichtet, nämlich auf den Fall: daß der Gläubiger die Bürgschaft wider ihn erweisen könnte, und dadurch seine Provocationsklage in Gang bringt. Daß ein solcher Bürge aus dem Verzuge einen Vermögensnachtheil erleide, steht nicht zu behaupten, weil er während der 10 Jahre nichts zahlt, nachher aber der Gläubiger die Bürgschaft wider ihn erst erweisen muß [o]).

---

o) Anderer Ansicht ist **Gottschalk**, l. c. pag. 173.

IV.

Ist der mit einem Geldpaquet Zahlende verbunden, einem Dritten den richtigen Betrag der darauf angezeigten Geldsumme zu gewähren?

Jede Zahlung setzt zwei bestimmte Personen voraus, einen Schuldner und einen Gläubiger, und die Verbindlichkeit des Erstern wird damit getilgt, wenn er das rechte Object in der gehörigen Qualität und Quantität, worauf der Gläubiger das Recht hatte, demselben übereignet [1]). Hat der Gläubiger das erhaltene Zahlungsobject, welches heimliche Fehler hatte, in gutem Glauben weiter veräußert, so kann der zweite Empfänger nur gegen seinen Tradenten auf Schadloshaltung klagen [2]), nicht gegen den ersten Ausgeber, sollte auch dieser seinem Gläubiger ausdrücklich die Versicherung gegeben haben: die Zahlung sey richtig. Selbst wenn der erste Ausgeber eines Waaren-Paquets oder Fasses mit gefülltem Wein

---

[1]) L. 50. ff. de solutionib. (46. 3.) L. 61. eod.

[2]) L. 18. pr. ff. de aedilit. edict. (21. 1.) L. 19. §. 5. eod. L. 23. §. 5. eod.

auf dem Umschlage oder auf dem Fasse die Sorte, Quantität und Qualität des Inhalts angezeichnet und seinen Namen darunter geschrieben hätte, wäre er für die Richtigkeit dieser Anzeige nur demjenigen verhaftet, dem er aus dem Vertrage den Gegenstand zu liefern hatte, nicht einem Dritten, in dessen Hände nachher die Waare gekommen ist. Denn jene Aufschrift ist nur als ein an seinen Contrahenten, gegen den er seine Verbindlichkeit erfüllen will, gerichteter Brief zu betrachten und macht nur einen Theil des Ablieferungsgeschäfts aus, selbst wenn die Waare ohne besonderes Schreiben an den Promissar abgesendet worden wäre. Letzterer ist verbunden, zu rechter Zeit den Inhalt des Paquets oder Fasses zu untersuchen und verliert, wenn er diese Zeit verabsäumt, seinen persönlichen Anspruch gegen den Tradenten auf Ersatz der fehlenden Quantität oder Qualität [3]). In diesem Falle sowohl, als wenn er von dem Tradenten dafür bereits Entschädigung erhalten oder sich mit demselben verglichen hat, ist letzterer liberirt, sollte auch das Paquet oder Faß inmittelst oder nachher mit jener unrichtigen Aufschrift, vielleicht mit denselben Siegeln (dafern der Empfänger den Mangel schon aus dem Gewicht entdeckte und dafür Entschädigung erhielt) in die dritte Hand gekommen seyn. Aus welchem Grunde wollte man nämlich behaupten: daß durch eine solche Aufschrift der erste Ausgeber der Waare gegen Jedermann zu Gewährung des an=

---

[3]) L. 19. §. 6. seq. aedilit. edict. (21. 1.)

gezeigten Inhalts verbindlich werde, da selbige nicht an Jedermann gerichtet, und überhaupt bei dem mit dem Contracte in Verbindung stehenden Ablieferungsgeschäft an einen Dritten nicht gedacht worden ist. Der erste Absender kann doch nur verbunden seyn, einmal die Mängel des abgelieferten Objectes zu ersetzen, nämlich seinem Gläubiger, niemals aber einem dritten, vierten rc. Empfänger, mit dem er in keinem Obligationsverhältniß steht. Gegen diese ihm unbekannten Personen hat er sich weder stillschweigend verpflichtet — denn auch ein aus stillschweigender Einwilligung abgeleiteter Vertrag setzt zwei bestimmte Personen voraus, die miteinander Verkehr gepflogen haben [4]) — noch ist sein Wille, jene dritten Personen wegen seiner falschen Waaren-Bezeichnung zu entschädigen, zu präsumiren, da, wenn er das **Falsum** wissentlich beging, seine betrügliche Absicht jene Präsumtion von selbst ausschließt, wenn er hingegen unwissentlich aus bloßem Versehen die in der Aufschrift bezeichnete Waare nicht wirklich beifügte, ihm der Gedanke an einen Schadenersatz nicht beiwohnte. Mit unserer Ansicht stimmen auch die analogen Vorschriften über Evictionsleistung überein, welche dem Verletzten eine persönliche Klage zunächst nur gegen seinen Contrahenten auf Entschädigung gestatten [5]).

---

[4]) Meine Abhandlung über die stillschweigende Willenserklärung bei rechtlichen Geschäften. Naumb. 1817. §. 10. u. folg.

[5]) L. 1. L. 59. L. 61. L. 70. ff. de evictionib. (21.2.) Thibaut, Syst. des Pandectenrechts. §. 185.

Auch Geldpaquete sind eine Waare, womit der Schuldner seinem Gläubiger Zahlung leistet und es findet sich in dem Kreise des rechtlichen Verkehrs mit Umsetzung von Geldern und Waaren kein einziger Anhaltepunct: den Ausgeber eines Geldpaquets, dessen Inhalt von ihm, sey es aus böser Absicht oder aus Versehen, unrichtig angegeben worden, selbst gegen einen spätern dritten Besitzer verantwortlich zu machen und diesem wider ihn ein jus in re zu gewähren. Ein solcher Rechtssatz wäre um so ungerechter, als ja der Ausgeber im umgekehrten Falle, wo er auf der Außenseite eines abgelieferten Geldpaquets eine geringere Summe als wirklich darin enthalten ist, angegeben hätte, auch nur von seinem Gläubiger das indebite Gezahlte zurückfodern kann, nicht aber von dem dritten Besitzer, der das Paquet geöffnet und die Gelder verwendet hat.

Die Bestimmung der Leipziger Wechselordnung, §. 13., wonach der Inhaber eines indossirten nicht bezahlten Wechsels sofort sich an den Aussteller des Wechsels halten kann, giebt für unsere Frage keinen Entscheidungsgrund ab, da die bloße Ausstellung einer Tratte keine wirkliche Zahlung ist, sondern nur eine Anweisung dazu an einen Dritten, und da die Tratte selbst keinen innern Werth hat, wie die Waare. — Eben so wenig läßt sich die Cession einer persönlichen Foderung, woraus der Cessionar als Dritter gegen den debitorem cessum ein Recht auf Befriedigung erlangt, als eine Analogie für unsern Fall ansehen. Denn der Cessionar tritt nur in die Stelle des persönlich berechtigten Gläubigers wegen einer noch ausstehenden Foderung, die ihm Letzterer speciell abgetre-

ten hat. Unser Fall hingegen richtet sich auf die Frage: ob ohne Cession des bezahlten Gläubigers ein Dritter, an welchen das mangelhafte Zahlungsobject weiter veräußert worden, sofort den ersten Ausgeber des Zahlungsmittels auf Ersatz des Mangels in Anspruch nehmen könne?

Selbst der Staat, ob er schon dafür, daß die in seinen Münzstätten ausgeprägten Münzen die darauf angezeigte Quantität Gold, Silber oder Kupfer enthalten (richtiges Schrot und Korn), zu haften hat, ist, wenn in der Staats-Münzerei aus Versehen oder Betrug der Münzofficianten Münzen zu geringhaltig geprägt worden wären, nicht verbindlich, jeden dritten Besitzer solcher Münzen dafür zu entschädigen, sondern dieser hat sich nach dem Rechtssatze: Hand muß Hand wahren, zunächst an seinen Tradenten (auctorem) zu halten und so schreitet der Regreß durch die Reihe der früher mit diesen falschen Münzen Zahlenden zurück bis an den Staatsfiskus. Denn die oben aufgestellten allgemeinen Grundsätze sind für diesen Fall durch kein Gesetz abgeändert worden [o]).

Indeß hat das Königl. Sächs. Appellationsgericht in Sachen: Sorge ÷ Salomo, 1830. C. Nummer 237., auf die entgegengesetzte Ansicht erkannt und dem dritten Empfänger des Geldpaquets den Regreß unmittelbar gegen den ersten Ausgeber gestattet: weil in der Versiegelung mit dem eignen

---

[o]) Auch ist der Staatsfiskus nicht nach Leg. 1. §. 3. ff. de aedil. edicto (21. 1.) zu beurtheilen, sondern nach L. 1. §. 4. eod.

Siegel, in der Aufschrift des Paquets nebst Unterschrift und dem Ausgeben stillschweigend das Versprechen einer Garantie des Inhalts gegen jeden künftigen Besitzer liege; aber auch bei der höchsten Behörde darauf angetragen, diesen Rechtssatz gesetzlich auszusprechen.

V.

Kann der Eigenthümer eines mit einer Fahr- oder Uebertrifts-, oder Fußsteigs-Gerechtigkeit belasteten Grundstücks fodern, daß der Weg von der Linie, worauf er durch Vertrag gelegt, oder seit rechtsverjährter Zeit unverrückt geblieben ist, weggenommen und dafür eine andere Linie auf seinem Grundstück angewiesen werde, wenn ihm dieß zum Vortheil und dem Servitut-Berechtigten nicht zum Nachtheil gereicht?

Schon der Begriff eines **Rechts** giebt an die Hand, daß der Verbundene nicht einseitig, ohne Zustimmung des Berechtigten, eine Veränderung damit vornehme [1]), weder in seiner Person — denn nur mit Einwilligung des Gläubigers darf diesem ein an-

[1]) L. ult. C. de novationib. (8. 42.) „Et generaliter definimus: voluntate solum esse, non lege novandum."

derer Schuldner gestellt werden [2]) — noch in dem Gegenstande des Rechts. Daher darf dem Berechtigten, anstatt der versprochenen bestimmten Sache, nicht eine andere species, selbst wenn sie ganz gleiche Eigenschaften hätte, aufgedrungen werden [3]), und der Darlehns-Empfänger muß die erhaltene Quantität in derselben Gattung zurückzahlen [4]).

Schon hieraus folgt, daß ein Servitut-Berechtigter, welchem bei Einräumung eines Weges über ein fremdes Grundstück zugleich die Richtung des Weges vorgezeichnet worden ist, oder welcher während der Verjährungszeit den Weg in einer bestimmten, geraden oder krummen Linie gleichförmig befahren, betrieben oder begangen hat, wider seinen Willen nicht genöthigt werden kann, sich einen andern Weg anweisen zu lassen, sollte auch der neue Weg für ihn bequemer oder wenigstens nicht beschwerlicher seyn, (nam beneficia non obtruduntur). Es liegt für ihn keine Verbindlichkeit vor, sich mit einer Prüfung

---

2) L. 8. §. 5. ff. de novationib. (46. 2.) §. 3. Inst. quib. mod. tollitur oblig. (3. 30.) L. 1. Cod. de novationib. (8. 42.) L. 5. C. de solutionib. (8. 43.) L. 16. C. eod.

3) pr. Inst. quib. modis tollitur oblig. (3. 30.) Tollitur autem omnis obligatio solutione ejus, quod debetur, vel si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit. L. 17. Cod. de solutionib. (8. 43.) Thibaut, Syst. des Pandectenrechts. §. 92. Höpfner, Commentar über die Heinecc. Institut. §. 976.

4) L. 2. §. 1. ff. de reb. creditis. (12. 1.)

zu bemühen: ob der neue Weg gleich gut oder kürzer und besser sey; auch könnte der Grundeigenthümer ihn damit chicaniren, daß er wiederholt die Wege änderte, wodurch ihm künftig der Beweis des verjährten Befugnisses erschwert würde. Die römischen Servituten-Gesetze haben dem Servienten eine solche einseitige Variation nicht gestattet, und die Regel: **servitutem civiliter exercendam esse**, kann nichts anders bedeuten, als daß sich der Servitut-Berechtigte genau innerhalb der Grenzen seines Rechts halte und im Zweifelsfalle ihm nur das Wenigere zu gestatten sey, nicht aber dahin erstreckt werden: daß er auf eine bestimmte Linie seines Wegs kein **jus quaesitum** habe und hierin von der Willkühr des Grundeigenthümers abhange, selbst wenn die bestimmte Linie ihm bei Bestellung der Servitut angewiesen worden, oder er während der Verjährungszeit mit dem Fahren, Uebertreiben oder Gehen eine bestimmte Richtung genommen hat.

Die speciellen Gesetze über unsere Frage schließen sogar eine solche einseitige Verlegung des frühern Weges aus und gestatten weder dem Servienten, noch dem Dominanten eine solche Variation. Nämlich **Lex 9. ff. de servitutib. (8. 1.)** bestimmt mit den Worten des Celsus folgendes: Wer aus Vertrag oder letztem Willen eine **viam** über ein fremdes Grundstück, ohne nähere Bezeichnung der Richtung, erworben hat, darf nicht seinen Weg über solche Theile des Grundstücks wählen, die zum Hanthieren nicht geeignet sind, dafern andere Plätze für seinen Weg übrig sind. Ja, er muß den Weg, welchen er das erstemal eingeschla-

gen hat, auch für die Zukunft beibehalten [5]). Dagegen sagt Paulus in Leg. 26. ff. de servit. praedior. rustic. (8. 3.), daß bei einer durch Legat dem Andern eingeräumten Wege- oder Wasserleitungs-Gerechtigkeit über ein Grundstück dem Erben freistehe: die Richtung für den Weg oder die Wasserleitung zu bestimmen [6]). Sodann enthält L. 13. §. 1. ff. de

---

[5]) Die Stelle lautet so: „Si cui simplicius via per fundum cujuspiam cedatur vel relinquatur, in infinito (videlicet per quamlibet ejus partem) ire, agere licebit: civiliter modo. Nam quaedam in sermone tacite excipiuntur. Non enim per villam ipsam, nec per medias vineas ire agere sinendus est: cum id aeque commode per alteram partem facere possit, minore servientis fundi detrimento. Verum constitit, ut, qua primum viam direxisset, ea demum ire agere deberet nec amplius mutandae ejus potestatem haberet: sicuti Sabino quoque videbatur: qui argumento rivi utebatur, quem primo qualibet ducere licuisset, posteaquam ductus esset, transferre non liceret: quod et in via servandum verum est."

[6]) „Si via, iter actus, aquaeductus legetur simpliciter per fundum, facultas est heredi, per quam partem fundi velit constituere servitutem: si modo nulla captio legatario in servitute sit." Die Abweichung dieses Gesetzes von dem vorigen hinsichtlich der Person, welcher die Auswahl gebührt, hat nach Glück's Erläut. der Pand. Bd. 10. S. 165. ihren Grund darin: daß L. 9. cit. von einem legato per vindicationem, hingegen L. 26. cit. von einem legato per damnationem spricht. Nach Aufhebung dieser Formel-Verschiedenheit durch die Bestimmung: daß alle Legate als per vindicationem gestiftet angesehen werden sollen, steht in unserm Fall dem Legatar die Wahl zu, dafern sie der Testator nicht ausdrücklich dem Erben gestattet hat. Glück a. O.

S. P. R. (vom Javolenus) die Bestimmung: daß, wenn Jemanden ausdrücklich das ganze Grundstück zum Fußwege oder Uebertrift eingeräumt worden ist, derselbe auf einen bestimmten Theil desselben nicht zu beschränken sey. Wenn hingegen der Fußweg oder die Uebertrift über das Grundstück schlechthin legirt worden, solle durch richterliches Ermessen der Platz, auf welchem der Weg oder die Uebertrift auszuüben sey, angewiesen werden [7]. Ferner nach L. ult. ff. de aqua cottid. et aestiva (43. 20.) kann der zu Durchführung eines Wassergrabens Berechtigte den Graben anlegen, wo er will [8], nur darf er nicht eine schon vorhandene Wasserleitung stören, auch nachher den Graben nicht wieder verlegen [9].

Hat Jemand durch Verjährung eine Wegegerechtigkeit erworben und während des Laufs derselben den Weg immer in einerlei Richtung genommen, so kann ihm nachher wider seinen Willen ein anderer Weg nicht angewiesen werden. Hätte ihm aber auf sein Ansagen (nicht Bitten) der Grundbesitzer jedesmal die Richtung des Weges vorgeschrieben und nach Be-

---

7) „Si totus ager itineri aut actui servit, dominus in eo agro nihil facere potest, quo servitus impediatur, quae ita diffusa est, ut omnes glebae serviant. At si iter actusve sine ulla determinatione legatus (est): modo determinabitur: et qua primum iter determinatum est, ea servitus constitit: caeterae partes agri liberae sunt. Igitur arbiter dandus (est), qui utroque casu viam determinare debet."

8) Vergl. L. 21. ff. de S. P. R. (8. 3.)

9) L. 1. §. 15. ff. de aqua cottid. et aestiva. (43. 20.)

finden vorher durch das stehende Gras oder Getreide einen Schwaden gehauen, so muß es bei dieser Einrichtung auch in Zukunft bleiben. Unserer Meinung ist Glück a. O. S. 166. Dagegen hat das Königl. Sächsische Appellationsgericht dem Grundeigenthümer die Anweisung eines andern Weges, anstatt des bisherigen, wider Willen des Servitut-Berechtigten gestattet in S. Geelt's u. Cons. ÷ Müller mittels Rescripts-Entscheidung v. J. 1827. P. I. A. No. 134. und D. No. 330., ingleichen in S. Mangoldt's ÷ Lorenzen. 1830. I. A.

VI.

Kann der Fiskus von seinem Privilegium der 40jährigen Verjährung Gebrauch machen bei Rechten, die von einer Privatperson auf ihn übergegangen sind, nachdem ein Dritter die ordentliche Verjährung gegen selbige bereits angefangen hatte?

Die Beweisführung für die bejahende Beantwortung dieser Frage, welcher sich einige Rechtslehrer unterzogen haben [1]), dürfte bei einer genauern Beleuchtung ihre Kraft verlieren. Auf Leg. 17. §. 6. ff. de usuris (22. 1.), wonach der Fiskus, wenn er an die Stelle eines Privatgläubigers getreten ist, von dem Schuldner, obschon dieser vorher nur geringere Zinsen zu zahlen hatte, nun 6 Procent Zinsen zu fodern berechtigt ist, kann man jene Meinung nicht stützen, da dieses Gesetz ein anderes Privilegium des

[1]) Gottschalk, select. disceptat. for. Edit. 2. Tom. III. Cap. XXII. und die daselbst angeführten Schriftsteller.

Fiskus zum Gegenstande hat, welches auf unsern Fall keine Ausdehnung leidet. Die allgemeinere Bestimmung in L. 6. ff. de jure fisci (49. 14.): daß sich der Fiskus als Nachfolger im Rechte einer Privatperson zwar nicht für die vergangene Zeit seiner Privilegien bedienen dürfe, wohl aber für die zukünftige, ist ebenfalls stricte zu nehmen und nicht auszudehnen auf eine angefangene ordentliche Verjährung, welche ihrer Natur nach untheilbar ist, wo es also keinen Sinn hätte, zu sagen: für die vergangene Zeit reiche die ordentliche Verjährung des auf den Fiskus übergegangenen Rechts einer Privatperson hin, für die Zukunft aber sey die 40jährige erfoderlich. Ohnehin setzt Ulpian in jener Stelle nicht die Verjährung als Beispiel, sondern den Zinsfuß und das Privilegium des stillschweigenden Pfandrechts [2]).

Wider die Anwendung des Verjährungsprivilegiums des Fiskus auf Rechte einer Privatperson, in die er eingetreten ist, spricht der ähnliche Fall in Leg. 16. ff. de fundo dotali (23. 5.), wornach die von einem Dritten angefangene ordentliche Verjährung eines Grundstücks zureicht, wenn auch während derselben die Eigenthümerin das Grundstück ihrem Ehemanne als Mitgift zugebracht hätte. Gottschalk a. O. will zwar in diesem Fall die Eigenheit finden: daß dem Ehemann das Grundstück nicht übergeben

---

[2]) Auch Gottschalk selbst a. O. pag. 292. giebt zu, daß Ulpian in jenem Fragment an die Verjährung nicht gedacht habe.

worden und daß um deswillen die ordentliche Verjährung gegen die dem Ehemanne zuständige bloße Vindicationsklage fortlaufe. Ihm scheint in diesem Fall der Vertrag über Bestellung der Mitgift nicht zur Vollziehung gelangt und das Grundstück nicht Mitgift geworden zu seyn, daher sey auch das Dulden der fortlaufenden Verjährung nicht für Veräußerung zu achten und dieses Beispiel für unsere Frage ohne Einfluß. Allein diese Argumentation greift nicht durch. Denn zur Zeit des Vertrags zwischen der Frau und ihrem Manne stand der erstern das Eigenthum an dem Grundstück, welches der dritte Besitzer noch nicht verjährt hatte, wirklich zu, ob sie schon nicht im Besitze desselben war. Sie hatte rei vindicationem et actionem Publicianam. Durch die vertragsmäßige Bestellung ihres Grundstücks als Mitgift trat sie ihr Eigenthum in dieser Qualität an ihren Ehemann ab und die Uebergabe konnte mittels Einhändigung der über das Grundstück vorhandenen frühern Erwerbungsurkunden geschehen [3]). Eine solche Uebergabe wird auch in dem angeführten Fragment vorausgesetzt („si fundum — mulier ut suum marito dedit in dotem)." Dazu kommt noch, daß während der Ehe gegen das Dotalvermögen der Frau überhaupt — nicht bloß gegen deren Dotalgrundstücke — die Verjährung von einem Dritten nicht begründet werden kann, weil die Frau während der Ehe außer Stande ist, diese

---

[3]) L. 1. Cod. de donationib. (8. 54.) Berger Elect. proc. possess. §. 8.

Vermögensrechte selbst zu verfolgen [4]). Dieser Grund des Verbots der Verjährung, welcher auch hinsichtlich der Pupillen und Minderjährigen gilt, gegen welche während ihres minderjährigen Alters die ordentliche Verjährung ruhen soll [5]), ist viel stärker, als der Grund des Privilegiums, welches dem Fiskus in der 40jährigen Verjährung ertheilt ist, und gleichwohl soll für eine vor der Ehe angefangene Verjährung des Grundstücks, selbst nachdem es durch die Ehepacten zur Mitgift geworden, die ordentliche Verjährung ausreichen. Der Grund dieser Vorschrift liegt offenbar tiefer, nämlich in der allgemeinen Rechtsregel: daß Rechtsgeschäfte überhaupt nach derjenigen Qualität zu beurtheilen sind, die sie zu Anfange hatten, welche Regel auch auf eine angefangene Verjährung ihre Wirkung äußert [6]). Wer würde zum Beispiel den Kirchen für solche Foderungen ein stillschweigendes Pfandrecht gestatten, welche ihnen von Privatpersonen abgetreten worden sind? [7]). — Der entgegengesetzten

---

4) L. 30. Cod. de jure dot. (5. 12.) L. 5 et 6. ff. de fundo dotali (23. 5.) Carpzov Lib. I. resp. 29. 40. Haubold not. o. ad Bergeri Oec. jur. Lib. II. Tit. II. Th. 23.

5) L. 3. Cod. quib. non objicitur (7. 35.) Meine Theorie der Verjährung. §. 71. Num. 1. §. 72. Num. 1.

6) L. 31. §. 3 et 4. ff. de usurpat. et usucap. (43. 2.) L. 2. §. 13 et 14. ff. pro emtore (41. 4.)

7) Mein Syst. des Concursprocesses rc. 2te Aufl. Leip. 1828. B. II. §. 37. — Gottschalk a. O. p. 296. gestattet den Kirchen das Privilegium der 40jährigen Verjährung auch für Rechte, die ihnen eine Privatperson abgetreten hat. Ingleichen Unter-

Meinung widerspricht auch der Rechtsgrundsatz: daß ein Cessionar für das abgetretene Recht nicht die seiner Person gegebenen Privilegien ansprechen könne [8]), so wenig, als die persönlichen Privilegien des Cedenten, auch das Verjährungsprivilegium, auf den Cessionar mit übergehen [9]).

Indeß hat das Königl. Sächs. Appellationsgericht auf die entgegengesetzte Meinung gesprochen [10]).

Holzner in der ausführlichen (aber wenig practischen) Entwickelung der gesammten Verjährungslehre. I. §. 30. S. 116.

[8]) L. 2. pr. ff. de hered. vel act. vend. (18. 4.) L. 5. Cod. eod. (4. 39.) L. 175. §. 1. L. 177. pr. ff. de reg. jur. Leyser, spec. 50. medit. 23. spec. 200. medit. 7. Hommel, rhaps. 302.

[9]) L. 24. §. 1. ff. de usurpat. (41. 3.) L. 68. ff. de regul. jur. L. 41. ff. de administr. et periculo tutor. (26. 7.)

[10]) Gottschalk l. c. p. 298.

VII.

Ist der Verkauf eines Landguthes für abgeschlossen zu achten, wenn das Guth nebst Inventar für einen Kaufpreis verkauft, die Vereinigung über die zum Inventar zu rechnenden Gegenstände aber unterblieben oder noch vorbehalten worden ist?

Mit Erwerbung eines Landguthes geht zwar ipso jure auch das Eigenthum an dem Zubehör, selbst an den zu beständigem Gebrauch für das Guth bestimmten beweglichen Sachen auf den neuen Adquirenten über [1]), allein bewegliche Sachen, die zu Bebauung des Landguthes von dem bisherigen Besitzer gebraucht worden, ohne dafür auf immer und ausschließlich bestimmt zu seyn, (Guths- oder Wirthschafts-Inventar, Schiff und Geschirr, Vieh und Saamen-Getreide), erwirbt der neue Besitzer mit dem Guthe an sich nicht, sondern nur, wenn

---

[1]) L. 17 et 18. ff de act. emt. vend. (19. 1.) L. 44. ff. de evict. (21. 2.) L. 49. ff. de contrah. emt. (18. 1.) Glück, Erläuter. der Pandect. Bd. II. §. 173. S. 476. Thibaut, Syst. des Pandectenrechts. §. 265.

der Erwerbungsvertrag darauf ausdrücklich mit gerichtet worden ist [2]). Wenn schon der deutsche Ausdruck: Guthsinventar, alle diejenigen Gegenstände zu begreifen scheint, welche die Römer unter instrumentis fundi verstehen, nämlich: quae fructus quaerendi, cogendi et conservandi gratia parata sunt [3]), so ist doch dieser Begriff im gemeinen Leben nicht allgemein bekannt, ja die Juristen selbst sind über den Begriff des Inventars nicht ganz einig [4]). Ueberdieß treten bei Anwendung des Be=

---

[2]) L. 17. pr. ff. de act. emt. vend. (19. 1.) L. 14. ff. de supellectile legata (33. 10.) L. 2. §. 1. ff. de instructo vel instrumento legato (33. 7.) Die entgegengesetzte Meinung des Paulus in receptis sentent. Lib. 3. Tit. 6. ist in das corpus juris nicht aufgenommen worden — Schilter, Exercitat. ad pand. XXX. Th. 130. Carpzov. V. resp. 26. II. resp. 254. quaest. 2. Jo. Henr. Berger. Vol. Dissert. Lips. 1707. dissert. XV. de jure rerum pertinentium. §. 10. Ejusd. Elect. Discept. For. Tit. 39. obs. 7. not. 1. pag. 1108. et P. I. resp. 160. quaest. 2. Leyser spec. 26. medit. 6. spec. 209. medit. 8 et 10. Leisseri Jus georgic. Lib. I. Cap. 43. n. 19 et 20. Cap. 45. Lib. III. Cap. 21. n. 29. Hommel's Pertinenz= und Erbsonderungs=Register, voce: Inventarium. S. 226. Bieneri progr. Quaest. XVI. Lips. 1809.

[3]) L. 8. ff. de instructo vel instrumento legato (33. 7.) Hommel a. O.

[4]) Zum Beispiel Leyser in specim. 388. unterscheidet von dem Inventar eines Guthes noch das Wirthschafts=Inventar und rechnet zu letzterm mehrere Gegenstände, als zu ersterm. Nur das Preußische Landrecht Th. I. Tit. 2. §. 84. u. folg. giebt bestimmter an, was zum Inventar eines

griffs auf vorkommende Fälle viele Zweifel ein, indem nicht selten an Haus- und Wirthschaftsgeräthe, ingleichen an Getreide und Vieh mehr vorhanden ist, als die Fortsetzung der Wirthschaft erfodert, auch bei vielen Gegenständen ungewiß bleibt: ob sie für die Wirthschaft oder zum Verkauf bestimmt sind? — Daher ist es üblich, bei Verkäufen der Landgüther nebst Inventar für eine und dieselbe Kaufsumme jedesmal eine bestimmte Anzahl der zu dem Inventar gerechneten einzelnen Gegenstände auszuheben und in ein dem schriftlichen Kaufcontracte angehängtes Verzeichniß zu bringen. Wo nun dieses unterlassen oder die Bestimmung der einzelnen Inventarienstücke einer spätern besondern Vereinigung der Kaufsinteressenten vorbehalten worden, da läßt sich der Kaufcontract über das Guth für abgeschlossen nicht ansehen. Denn hier sind beide Contrahenten, weil weder die Anzahl, noch die Gattung der Inventarienstücke, welche mit dem Guthe ein Ganzes ausmachen sollen, bestimmt worden, der Käufer mithin auch nicht den Werth derselben übersehen kann, um selbigen bei Bewilligung der Kaufsumme für das Ganze mit in Anschlag zu bringen, in der That über rem et pretium noch nicht völlig einig geworden, folglich der Kaufcontract noch nicht zum völligen Abschluß gekommen [5]. Der Willkühr des

---

Landguthes zu rechnen sey, legt ihm aber auch zugleich die Eigenschaft eines Zubehörs zum Guthe bei. Vergl. auch Ebds. Tit. 11. §. 80.

[5]) L. 8. pr. ff. de periculo et commodo rei vend. (18. 6.) L. 9. pr. ff. de contrah. emt. (18. 1.)

Verkäufers darf aber nicht überlassen werden: welche und wieviel Inventarienstücke er dem Käufer übergeben wolle [6]. Auf Bestimmung durch Sachverständige hingegen ist ein solcher Kauf nicht gerichtet [7], auch hätten in diesem Fall die Sachverständigen keine sichere factische Grundlage zu ihrem Gutachten [8]. Wäre jedoch ein Guth nebst dem erforderlichen Inventar für einen Preis verkauft worden, ohne daß sich die Contrahenten zugleich über die einzelnen Gegenstände des Inventars vereinigt hätten, so würde der Kauf allerdings für abgeschlossen anzusehen und die nähere Bestimmung des zur Fortsetzung der Guthswirthschaft erfoderlichen Inventars dem Ermessen der Wirthschaftsverständigen zu überlassen seyn.

---

[6]) L. 17. L. 94. ff. de verbor. obligat. (45. 1.) L. 46. § 1. eod. L. 115. eod. L. 7. pr. ff. de contrah. emt. (18. 1.)

[7]) L. ult. Cod. de contrahenda emt. (4. 38.) L. 25. pr. ff. locati (19. 2.)

[8]) Daß ein solcher Kaufcontract für nicht abgeschlossen zu achten sey, hat das Königl. Sächs. Appellationsgericht angenommen in S. Carl Christoph Hermsdorf's ÷ Eve Rosine Henselin. 1831. P. II. C. Num. 15.

VIII.

In welchen Fällen lebt nach beendigter Consolidation des herrschenden und dienenden Grundstücks eine vorher darauf bestandene Realservitut von selbst wieder auf?

Weil jede Servitut ihrem Begriffe nach in einem Befugnisse: aus einer fremden Sache Vortheile zu ziehen, besteht, so folgt das Erlöschen auch einer Realservitut von selbst aus einer nachher eingetretenen Vereinigung des dienenden und herrschenden Grundstücks in der Hand eines Eigenthümers (consolidatione) [1]).

Eine solche Beendigung der Realservitut läßt sich aber nicht so schlechthin für den Fall behaupten: wo das herrschende oder dienende Grundstück von einem unvollständigen Eigenthümer (domino minus pleno) des andern Grundstücks erworben wird. Denn hier concurrirt ein Dritter, welchem an der Realservitut als Pertinenz des Grundstücks eine Theil=

---

[1]) L. 1. ff. quemadm. servit. amitt. (8. 6.) L. 30. pr. ff. de servit. praed. urb. (8. 2.) L. 10. ff. communia praedior. (8. 4.)

nahme mit zusteht oder obliegt, z. B. der Lehnsherr oder der emphyteutische Obereigenthümer, welcher aus der Veräußerung, die zwei andere Parteien vorgenommen haben, weder Vortheil ziehen, noch Nachtheil leiden kann, so lange er nicht selbst acceptirt oder eingewilligt hat.

Wenn daher der Besitzer eines Lehnguthes:

a) ein dem Lehnguthe dienstbares Allodialgrundstück erwirbt, so erlischt dadurch die Realservitut nicht schlechthin, sondern nur in Beziehung auf den Vasallen und auf die Zeit, wie lange derselbe nebst seiner lehnsfähigen Descendenz das Lehnguth behält. Der Lehnsherr und die Mitbelehnten hingegen, welche bei jenem Allodialerwerb nicht concurrirten, sind dadurch der dem Lehnguthe gegen das Erbgrundstück zuständigen Servitut nicht verlustig geworden, sondern von der Zeit an, wo ihnen das Lehn anheim fällt, zu Fortsetzung derselben berechtigt [2]). Auch begründet ein während der Besitzzeit des Vasallen und seiner lehnsfähigen Descendenz stattgefundener Nichtgebrauch der Servitut hier keine Extinctivverjährung gegen den Lehnsherrn und die Lehnsagnaten, denn dieser Nichtgebrauch äußert sich nicht als ein den Rechten des Lehnsherrn und der Agnaten entgegengesetztes Verhältniß, welches diese mittelst

---

[2]) Jo. Godof. Bauer, Opusc. T. II. num. 49. p. 32. Vergl. Zachariä, Handb. des Königl. Sächs. Lehnrechts. 2te Ausg. Leipz. 1823. §. 150. verbunden mit §. 141.

Klage zu hindern hätten [3]), sondern ist nur ein Ausfluß des dem Vasallen zustehenden nutzbaren Eigenthums am Lehne und des vollen Eigenthums an dem Allodialgrundstücke. Hat er z. B. die dem Lehnguthe gegen sein Allodialgrundstück zustehende Huthungsservitut nicht ausgeübt und das auf dem Lehnguthe gehaltene Vieh nicht auf sein Allodialgrundstück zur Weide gebracht, so hat er damit nicht ein fremdes Grundstück geschont, seinen Nichtgebrauch nicht gegen die Gerechtsame des Lehnsherrn und der Agnaten gerichtet, sondern nur mit seinen Rechten gebahrt, woran ihn zu hindern der Lehnsherr und die Agnaten kein Recht, folglich auch keine Klage hatten, denen aber auch eben deshalb keine Extinctivverjährung der dem Lehne zuständigen Servitut und der actionis confessoriae laufen konnte, nach der Regel: agere non valenti non currit praescriptio [4]).

b) Erwirbt der Besitzer eines Lehnguthes ein Allodialgrundstück, dem gegen ersteres eine Servitut zusteht, so erlangt der Lehnsherr aus diesem zwischen andern Personen geschlossenen Geschäfte keine Befreiung des Lehnguthes von der Servitut, weder an sich, als ein Dritter, dem jene hierbei nichts stipulirt haben, noch durch den nachher eingetretenen Nichtgebrauch der Servitut, als welcher auch hier von dem Vasallen nicht gegen den Lehnsherrn gerichtet ist, sondern

---

3) Vergl. meine Theorie der Verjährung. §. 30.

4) Zachariä a. O. §. 115. Not. 1. und §. 162 a. Not. 1. a Globig de reb. dubiis in jure feudali. Obs. 28. IV.

sich nur als eine willkührliche Gebahrung des Vasallen mit seinen Rechten darstellt. Demnach tritt bei einer nachherigen Absonderung des Lehns vom Erbe die bis dahin schlafende Servitut von selbst wieder in Wirksamkeit und es liegt kein rechtlicher Grund vor, dem Allodialgrundstück diese Servitut gegen das Lehn zu entziehen.

Die in Note 1. angeführten römischen Gesetze über das Aufhören der Servitut durch Consolidation stehen den vorhin aufgestellten Sätzen nicht entgegen, da sie bloß von der Verbindung in vollem Eigenthum befindlicher Grundstücke ausgehen.

Dagegen wird unsere Meinung durch Leg. 30. §. 1. ff. de servitut. praed. urb. (8. 2.) bestätigt, wo Paulus sagt:

> „Si partem praedii nactus sim, quod mihi aut cui ego serviam, non confundi servitutem placet: quia pro parte servitus retinetur: itaque si praedia mea praediis tuis serviant et tuorum partem mihi et ego meorum partem tibi tradidero, manebit servitus. Item ususfructus in alterutris praediis adquisitus non interrumpit servitutem."

Die Aehnlichkeit des Nießbrauchs und eines bloßen Theils Eigenthum an einer fremden Sache mit dem dominio minus pleno des Vasallen oder Emphyteuten liegt von selbst vor, und das angeführte Gesetz gewährt für unsern Fall eine analoge Entscheid-

ung um so mehr, als der Grund desselben in der Unverletzbarkeit des Rechts eines Dritten liegt [5]).

Selbst bei Gegenständen des vollen Eigenthums, welche durch Consolidation in eine Hand kommen, läßt sich nicht durchaus das gänzliche Aufhören der Servitut behaupten, nämlich nicht in dem Fall: wo durch eine äußere bleibende Einrichtung das eine Grundstück dem andern während der Consolidation wirklich fortgedient hat, z. B. bei der servitute oneris ferendi, tigni immittendi, altius tollendi, aquaeductus. Kommt eines dieser beiden Grundstücke durch Veräußerung wieder in fremde Hände, ohne daß der Veräußernde jenes sichtbare fortbestandene dienende Verhältniß des einen zu dem andern Grundstück ausdrücklich widerrufen hätte, so haben die Contrahenten stillschweigend in dessen Fortdauer eingewilligt und mit der Trennung beider Grundstücke tritt jenes Verhältniß von selbst wieder als Servitut ein. Dieß lehrt die Natur der Sache, ohne

---

[5]) Analoge Enscheidungen enthalten ferner L. 27. L. 31 et 34. ff. de serv. praed. rustic. (8. 3.) L. 7. §. 1. ff. de fundo dotali (23. 5.), welche letztere folgendes festsetzt: „(Sed) cum uxor fundum, cui praedia viri servitutem debebant, in dotem dat, fundus ad maritum pervenit amissa servitute et ideo non potest videri per maritum jus fundi deterius factum: Quid ergo (est?) Officio de dote judicantis continebitur, ut redintegrata servitute jubeat fundum mulieri vel heredi ejus reddi." Vergl. Thibaut, Syst. des Pandectenrechts. §. 117. z. E. Auf die richtige Meinung hat das Königl. Sächs. Appellationsgericht erkannt in Sachen des Patzigschen Curatoris bonor. ÷ Härtel's Erben.

daß dafür erst ausdrückliche Gesetze vorhanden seyn müßten [o]).

Endlich wird das Wiederaufleben einer servitutis necessariae nach beendigter Consolidation Niemand in Zweifel ziehen.

---

[o]) Dafür finden sich aber auch analoge Bestimmungen in L. 9. ff. communia praed. (8. 4.) L. 2. §. 18. ff. de hered. vel act. vend. (18. 4.) L. 116. §. 4. ff. de legat. I. (30. 1.) L. 18. ff. de servitutib. Thibaut a. O. §. 622 u. 117. Bauer resp. 62. — Dagegen sprechen keineswegs L. 30. pr. ff. de servitut. praed. urb. (8. 2.) et L. 10. ff. communia praedior. (8. 4.), als worin nur von Servituten überhaupt die Rede ist, so daß diese Stellen auch bloß auf unsichtbare Servituten bezogen werden können, z. B. auf servitutem, ne altius tollatur, welche bei der anderweiten Veräußerung des dienenden oder herrschenden Grundstücks keine factische Vorlage gewähren, um daraus auf stillschweigende Bewilligung der Servitut zu schließen. Ohnehin sind die Bedingungen, unter welchen sich stillschweigende Willenserklärung annehmen läßt, nicht sowohl in den Gesetzen, als in der Logik zu suchen. Vergl. die Vorrede zu meiner Abhandlung über die stillschweigende Willenserklärung bei rechtl. Geschäften. Naumburg. 1817.

IX.

Ueber Nichtigkeiten in Processen.

So verschieden auch in Ermangelung bestimmterer Gesetze die Rechtslehrer den Begriff einer Nullität des Processes oder der Entscheidung feststellen, so stimmen doch die meisten darin überein, daß a) eine Nichtigkeit des Processes aus wesentlichen Mängeln in der Person des Richters oder der Parteien, oder aus Mängeln wesentlicher Theile der Procedur entstehe [1]); b) eine Nichtigkeit des Erkenntnisses seinem Inhalte nach aber dann vorhanden sey, wenn selbiges α) klaren Gesetzen widerspricht [2]), oder β) einer frühern rechtskräftigen Entscheidung ent-

[1]) Gönner, Handbuch des deutschen gemeinen Processes. Bd. III. Num. L. XIV. §. 15 — 17. Martin, Lehrbuch des deutschen gemeinen bürgerlichen Processes. §. 283. Reinhardt, Handbuch des gemeinen deutschen ordentlichen Processes. Th. II. §. 334. Biener, syst. proc. §. 205. Pfötenhauer, doctr. proc. edit. Diedemann, P. I. §. 237. Vergl. Sächs. Erl. Proc. Ordn. Tit. 36. §. 1.

[2]) L. 1. §. 2. ff. quae sentent. sine appellat. (49. 8.) L. 19. ff. de appellat. et relat. (49. 1.) L. 32. ff. de re judic. (42. 1.) L. 2. Cod. quando provocare (7. 64.) Cap. 1. X. de sentent. et re judic. (2. 27.)

gegensteht [3]), oder γ) auf falschen Zeugnissen beruht [4]), oder δ) soweit es Rechnungsfehler enthält [5]), oder ε) den Parteien etwas Unmögliches auflegt [6]). — Keineswegs sind solche Erkenntnisse nichtig, welche auf unrichtiger Subsumtion des Factums unter das Gesetz, oder auf falscher analoger Anwendung eines Gesetzes, oder auf unrichtiger Interpretation der Gesetze, über deren Sinn verschiedene Meinungen obwalten, beruhen, vielmehr sind die Beschwerden darüber mittelst der ordentlichen Rechtsmittel intra decendium vorzubringen [7]). Auf diese Grundsätze hat das Königl. Sächs. Appellationsgericht erkannt in Sachen Annen Elisabethin Bartschin Erben ÷ Gfr. Rudolphen u. Cons. 1827. P. II. B. Num. 13.

---

3) L. 1. C. sententiam rescindi non posse (7. 50.) Cap. 20. X. de sentent. et re judicat. (2. 27.)

4) L. 33. ff. de re judic. (42. 1.) L. 1. C. si ex falsis instrument. (7. 58.) A. Sächs. Proc. Ord. Tit. 38. §. 2.

5) L. 1. §. 1. ff. quae sentent. sine appell. (49. 8.) L. unic. C. de errore calculi. (2. 5.)

6) L. 3. ff. quae sentent. sine appell. Reinhardt a. O. §. 335. Pfotenhauer l. c. §. 237.

7) Gönner. §. 23. Reinhardt a. O. Pfotenhauer. l. c.

X.

Ist der in der Chursächs. Erl. Proceßordnung ad Tit. XVI. §. 3. für einen Beklagten, welcher den über verneinte Puncte der Klage ihm angetragenen Eid im Schwörungstermin zu leisten nicht vermag, bestimmte Verlust seiner peremtorischen Einreden auch zu beziehen a) auf fremde ins Nichtwissen gestellte Thatsachen, welche der Beklagte im Schwörungstermin nicht einräumt? b) auf den Fall, wo der Beklagte den deferirten Eid nicht schwören wollte, sondern schon vor dem ersten Erkenntniß zurückgegeben hat?

Vorstehende Fragen sind zwar bereits von mehrern Juristen [1]) dogmatisch und historisch abgehandelt worden, allein mit Uebergehung oder zu leichter Berührung mehrerer Momente, welche auf die Entscheidung bedeutenden Einfluß haben. Ohne nun die in an=

[1]) Kind, Quaest. For. Ed. 2. Tom. III. cap. 42. Ueber die Geschichte dieser Streitfragen verbreitet sich am umständlichsten Jo. Christ. Knoetzschker, Diss. de poenis inficiationis temere litigantium etc. Lips. 1799.

dern Schriften bereits darüber aufgestellte Theorie zu wiederholen, sollen gegenwärtig nur jene im Schatten gebliebenen Argumente herausgehoben werden.

Zuvörderst ist es unleugbar, daß das gemeine Recht dem Beklagten, welcher die Klage fälschlich geleugnet hat und des Gegentheils überführt wird, überhaupt seine Einreden gegen die Klage nicht entzieht, sondern nur in gewissen Fällen sein Leugnen mit einer Strafe belegt (poena inficiationis) [2]. Unter diesen Fällen sind einige, wo der Beklagte auch gewisse Einreden einbüßt, nämlich a) die Einrede der Zahlung, wenn er der Klage auf ein Darlehn fälschlich die exceptio non numeratae pecun. entgegensetzt [3]; b) die Einrede des nicht erhaltenen Geldes selbst, wenn er seine Handschrift fälschlich ableugnet [4]; c) die Rechtswohlthat der Theilung, wenn die Bürgen die Bürgschaft wider besseres Wissen in Abrede stellen [5]; d) die Rechtswohlthat der Competenz, wenn der Gesellschafter den Gesellschaftsvertrag ableugnet [6]; endlich e) die Rechtswohlthat des SCti Macedoniani, wenn der filiusfamil. bei Aufnahme des Darlehns sich für einen patremfamil. ausgegeben hat [7]. Daß aber der hier festgesetzte Verlust gewisser Einreden auf alle Exceptionen zu beziehen, oder

---

[2]) Glück, Erläuter. der Pandekten. Th. VI. S. 182.

[3]) Nov. 18. cap. 8.

[4]) Nov. cit. et L. 16. pr. Cod. de fide instrumentor. (4. 21.)

[5]) L. 10. §. 1. ff. de fidejussor. (46. 1.)

[6]) L. 67. §. 3. ff. pro socio. (17. 2.)

[7]) L. 1. Cod ad SCtum Macedonian. (4. 28.)

diese Fälle auf andere auszudehnen und von jedem fälschlichen Leugnen zu verstehen seyen, verbietet schon die Natur dieser Special= und Pönalgesetze. Zudem gehen selbige durchgehends von einem Leugnen eigener Thatsachen aus und kein einziges spricht von einer fremden Handlung, bei welcher der Beklagte nicht concurrirt hat.

Diese poenae inficiationis sind durch die Chursächs. Erl. Proceßordnung a. D. ausdrücklich bestätigt und denselben ein neuer Fall beigefügt worden mit folgenden Worten:

> „auch zugleich, daß der Beklagte, wenn er über diejenigen Punkte, darüber ihm der Eyd deferiret ist, Litem negative contestiret, und gleichwohl selbige hernach abzuschwören nicht vermag, sondern einräumen muß, seiner ihm sonst, wenn er Litem affirmative contestiret hätte, dießfalls zugestandenen Exceptionen, wenn er nicht, daß er bei der Litis Contestation von demjenigen, so er negiret, keine andere Wissenschaft gehabt, eydlich zu erhalten vermag, vor verlustig erkannt werden solle, verordnet ꝛc."

Dieser Fall setzt ein bereits beendigtes erstes Verfahren voraus, welches ein Erkenntniß auf den über die Klage dem Beklagten angetragenen Eid zur Folge hatte, zu dessen Leistung ein Schwörungstermin bereits angesetzt war, in welchem der Beklagte das vorher negirte Factum eingeräumt hat. Der Beklagte wird jetzt der bereits im ersten Verfahren vorgeschützten peremtorischen Einreden verlustig, soweit selbige wider

die negirte, auf den Eid gestellte Thatsache gerichtet waren. Diese Einreden werden gewöhnlich schon bei Abfassung des ersten Erkenntnisses bei Seite gesetzt, weil sich selbige zwar nicht nach den Worten der angeführten Proceßordnung, wohl aber in Folge ihrer Disposition als überflüssig darstellen. Nämlich, wenn der Beklagte den Eid über die negirte Klage leistet, so wird er schon deshalb absolvirt, im Fall der Nichtleistung aber trifft ihn wegen seines fälschlichen Leugnens der Verlust seiner Einreden. Allein dieser Verlust tritt selbst nach den angeführten Gesetzes-Worten nicht schlechthin ein, sondern, wenn der Beklagte schwören kann: daß er zur Zeit der Kriegsbefestigung die Sache nicht anders gewußt habe, so rettet er dadurch den Gebrauch seiner vorgeschützten Einreden. Daher ist es sicherer, bei dem Erkenntnisse auf das delatum die peremtorischen Einreden bloß zum künftigen Erkenntnisse auszusetzen („daß wegen derselben künftig ergehe, was Recht ist.")

Ob nun aber

A) der in der angeführten Gesetzstelle ausgesprochene Verlust der Einreden auch von einem Beklagten zu verstehen sey, welcher bloß fremde Thatsachen, an welchen er keinen Theil genommen, ins Nichtwissen gestellt und im Schwörungstermin sich des Eides geweigert hat, ohne die Thatsache einzuräumen, dieß möchte zu bezweifeln seyn. Denn, indem die Erl. Proceßordnung diesen neuen Fall ausdrücklich den Strafen des fälschlichen Leugnens, welche das gemeine Recht aufstellt, anreiht, stellt sie auch die allgemeine Voraussetzung des gemeinen Rechts bei

jenen Straffällen mit unter: einen dolum negantis und eine eigene Thatsache des Leugnenden. Kein Wort jener Gesetzstelle deutet an, daß die gesetzte Strafe auch einen Beklagten treffen soll, welcher ein ihm ganz fremdes Factum in der Kriegsbefestigung ins Nichtwissen gestellt hat, welches er de credulitate abzuschwören, im nachherigen Schwörungstermin Bedenken trägt. Ueberdieß geht das gemeine Recht in seinen Fällen der Inficiation nur davon aus: daß der Beklagte des Gegentheils seines Leugnens nachher durch andere Beweismittel überführt werde. Eine solche Ueberführung erfodert die Erl. Proc. Ordnung für den neu beigefügten Fall zwar nicht, aber doch ein nunmehr vom Beklagten geschehenes Geständniß der fraglichen Thatsache. Hat er ein solches wirklich abgelegt, so läßt sich daraus allerdings eine von ihm begangene Hinterlist seinem bisherigen Bezweifeln der Thatsache unterlegen, wegen welcher er die gesetzte Strafe verdient. Wenn er dagegen selbst im Schwörungstermin noch dabei bleibt: von der fremden Thatsache keine Kenntniß und für deren Existenz keine Wahrscheinlichkeitsgründe immittelst gefunden zu haben, doch aber aus Gewissenhaftigkeit den Eid: daß er an diese Thatsache nicht glaube, verweigert, so kann ihm dieß gewiß nicht als ein zu bestrafender dolus angerechnet werden, ob er schon wegen verweigerter Eidesleistung der Thatsache selbst für überführt zu achten ist. Man suche auch nicht den dolum in der während des ersten Verfahrens geschehenen oder wegen versäumter Erklärung vom Gesetz fingirten Acceptation des Eides, den er nachher nicht

schwören will. Denn die fingirte Acceptation des Eides gründet sich nicht auf eine freie Handlung des Beklagten, sondern auf ein aus bloßer culpa, oft lediglich des Anwalts, begangenes Versäumniß; die ausdrückliche Acceptation des über eine fremde Thatsache angetragenen Eides aber, sollte sie auch vom Beklagten selbst ausgegangen und nicht etwa von dessen Anwalt ohne besondere Instruktion aus vermutheter Beistimmung seines Principals erklärt worden seyn, geht dadurch, daß der Beklagte nachher von dieser Acceptation zurücktrat, noch nicht in dolum über. Denn, sowie der Beklagte während des ersten Verfahrens durch die gesetzliche Frist zur Erklärung gedrängt wurde, so konnte er auch die Zwischenzeit bis zum Schwörungstermin dazu haben benutzen wollen, sich von der fremden Thatsache noch mehr Nachrichten zu verschaffen. Ja, die in der Ladung zum Schwörungstermin, womit ihm allererst die Eidesnotul selbst zugefertigt wird, einzuräumende Sächsische Frist ist selbst ihrer Bestimmung nach ein Zeitraum zur Ueberlegung für Beklagten. Erklärt er also vor oder in dem Schwörungstermin sein Bedenken, den Glaubenseid zu leisten, ohne die fremde Thatsache einzuräumen, die nun ohnehin für wahr fingirt wird, so ist dieß mehr auf Rechnung seiner Gewissenhaftigkeit, als einer Hinterlist zu setzen, folglich derselbe nicht als ein böslicher Leugner zu achten, um so weniger, als in diesem Falle nicht das Gegentheil ins Klare gesetzt wird; mithin ist er auch nicht mit dem Verluste seiner Einreden zu bestrafen [8]).

---

8) Anderer Meinung ist Kind, l. c. pag. 187., welcher

B) Daß der in der Erl. Proc. Ordnung a. O. gesetzte Verlust der Einreden nicht auf den Fall auszudehnen sey, wenn der Beklagte den ihm über die Klage angetragenen Eid zurückgiebt, hat schon Kind a. O. gründlich dargelegt. Denn sowie überhaupt ein Pönalgesetz auf ähnliche Fälle aus bloßer Gleichheit des Grundes nicht auszudehnen ist, so liegt auch der Grund jenes Proceßgesetzes, welches ein frevelhaftes Leugnen bestrafen will, nicht bei einem Beklagten vor, welcher den ihm über die Klage angetragenen Eid zurückgiebt, mithin sich bloß einer gesetzlich erlaubten Handlung bedient, an deren Statt er auch Gewissensvertretung wählen konnte, ohne dadurch seine Einreden zu verlieren [9]. Noch weniger läßt sich aus der Eides-Zuschiebung und Rückgabe, welche man mit Unrecht für einen Vergleich ansieht [10], ein freiwilliger stillschweigender Verzicht des Beklagten auf seine Einreden ableiten.

---

aber, ohne in die Sache näher einzugehen, sich bloß dahin äußert: „tamen summa ratio (?) jubet, ut illa legis dispositio non solum de factis propriis ac communibus negatis, sed etiam et multo magis (?) de alienis, ad quae reus nesciendo respondit, intelligi debeat.“ Unserer Meinung, doch ohne nähere Ausführung, sind: Leyser, spec. 82. medit. 7. pag. 195., Berger, El. Disc. For. Tit. XVI. obs. 2. not. 2. pag. 466. Schaumburg, princip. prax. jurid. Lib. I. Sect. I. membr. II. §. 5. not.**. Pfotenhauer, doctrin. proc. §. 264. II. et Edit. Diedemann. §. 296 in fin. Vergl. Knoetzschker, l. c. §. II. et III.

9) Erl. Proc. Ordn. Tit. XIX. §. 2. Kind, l. c. p. 191.

10) Meine Abhandlung über die stillschweigende Willenserklärung bei rechtlichen Geschäften. S. 59. Note 138.

Am härtesten würde die Strafe des Verlustes der Einreden einen Beklagten treffen, welcher über fremde Thatsachen, bei denen er nicht gegenwärtig gewesen und die vielleicht bloß dem Kläger aus eigener Wissenschaft bekannt sind, den ihm angetragenen Eid zurückgiebt. Dieß wäre eine Bestrafung der Gewissenhaftigkeit des Beklagten, der nicht abschwören will, was er nicht weiß und nicht wissen kann. Beklagter wäre alsdann genöthigt, um seine Einreden zu retten, die fremde Thatsache einzuräumen, die vielleicht der Kläger selbst nicht hätte beschwören können.

Die Leipziger Dikasterien, ingleichen das Oberappellationsgericht in Jena haben in neuerer Zeit die Ausdehnung der Erl. Proc. Ordnung auf die bemerkten Fälle für verwerflich erkannt, auch der erste Senat des Königl. Sächs. Appellationsgerichts in Sachen Gottfr. Günther's ÷ Joh. Degener. Allein dessen Erkenntniß nebst dem Urthel der Leipziger Juristen-Facultät wurde hierauf in der Plenar-Sitzung aus Anhänglichkeit an die früher im Appellationsgericht recipirte Meinung reformirt und der Verlust der Einreden wegen Relation des Eides ausgesprochen 1831. P. I. D. Num. 14.

XI.

Ueber die Verfallzeit der auf Bauergütern haftenden Auszugsleistungen und die Wirkungen des dießfalls begangenen Verzugs nach den darüber im Königl. Sächs. Appellationsgerichte angenommenen Grundsätzen.

Wenn in den Verträgen oder letzten Willen, worinn Bauergüter mit einem Auszug (Leibzucht, Altentheil, Altvater-, Großvaterrecht, reservatum rusticum) belegt worden, die Zeit der Gewährung der einzelnen Gegenstände nicht genau bestimmt worden ist, so hat in den darüber entstehenden Streitigkeiten der Richter nach allgemeinen Grundsätzen über die mora und mit Berücksichtigung der Zeit, wo die natürlichen Früchte jeder Art eingeerndtet und die industriellen Producte nach der Landessitte für die Wirthschaft gebraucht zu werden pflegen, die Termine der einzelnen Leistungen sowohl wegen der Vergangenheit, um das gefoderte Verzugsinteresse zu ermitteln, als auch für die Zukunft festzustellen [1]). Ueber die hierbei anzuwendenden Grund-

[1]) Vergl. Thierfeld: der Leibzuchts-Contract rc. Leipzig 1827. §. 33. und 34.

säße sind aber die Ansichten der Rechtsgelehrten sehr verschieden. Insbesondere haben einige den Auszug ganz nach der Eigenschaft von Alimenten beurtheilen wollen, bei denen Vorauszahlung in gewissen vom Richter zu bestimmenden Fristen Rechtens sey; wogegen andere behaupten: daß sich diese Eigenschaft wenigstens bei demjenigen Auszügler verliere, der außer den Auszugslieferungen noch andere Subsistenzmittel habe, wie denn auch bei Veräußerungen von Bauergütern der Veräußernde, welcher sich einen Auszug vorbehält, es ohnehin in der Hand habe, sich bis zu der Zeit, wo die Ablieferung der Auszugsnaturalien ihren Anfang nimmt, seine Subsistenz durch andere Mittel zu verschaffen.

Um für die hieraus entstehende große Menge Streitigkeiten eine feste Entscheidungsnorm sowohl über die Verfallzeit an sich, als über die sonstigen dabei eintretenden Bedingungen des Verzugs zu haben, hat das Königl. Sächsische Appellationsgericht durch Plenar-Beschluß vom 1. Mai 1830 folgende Grundsäße angenommen:

A) Die Verfallzeit an sich betreffend, und zwar

1) bei der dem Auszügler vorbehaltenen unmittelbaren Benutzung einzelner Theile oder Zubehörungen des Grundstücks, als: Bewohnung oder sonstiger Gebrauch gewisser Behältnisse in den Gutsgebäuden, eigene Benutzung eines Stückes Feld, Wiese, Garten &c., oder eines beweglichen Inventarienstückes z. B. einer Kuh.

Die Einräumung solcher Benutzungsrechte kann der Auszügler fodern, sobald der Contract, bei welchem

der Auszug vorbehalten wurde, geschlossen ist, oder, dafern solcher in einem letzten Willen bestellt war, zu Folge der 12ten Decision vom Jahre 1746 mit Ablauf des Dreißigsten nach des Erblassers Tode [2]). Von diesem Zeitpunkte an hat daher der Besitzer des Gutes im Verweigerungs- oder Verhinderungsfalle dem Auszügler wegen des entbehrten Gebrauchs auf Verlangen eine Entschädigung zu leisten, die jedoch der Natur des Gegenstandes nach nicht in Verzugszinsen, sondern nur in dem erweislichen Betrage des wirklich erlittenen Schadens bestehen kann. Nach des Auszüglers Tode aber sind wegen der Früchte des letzten Jahres die Rechtsverhältnisse zwischen dem Gutsbesitzer und den Erben des Auszüglers nach den über die Folgen der Beendigung des Nießbrauchs geltenden Grundsätzen zu ordnen.

2) Bei den Leistungen des Verpflichteten wird unterschieden: ob sie in Ablieferung von Sachen oder in gewissen Handlungen bestehen, mit denen zuweilen auch ein Geben verbunden ist:

a) Die Sachen, zu deren jährlicher Ablieferung der Annehmer des Gutes verpflichtet zu werden pflegt, sind gewöhnlich Naturalien und zwar wenigstens solche, welche in der Gutswirthschaft selbst erzeugt werden. Geldzahlungen werden

---

[2]) In Gemäßheit des Sachsenspiegels. B. I. Art. 22. B. III. Art. 15., ingleichen der Chursächs. Constitut. 33, 34 und 36. würde der dreißigste Tag auch in denjenigen Ländern abzuwarten seyn, wo diese Gesetze recipirt sind.

seltener, und wenn es geschieht, nur neben Leistungen anderer Art bedungen. Anlangend

α) diejenigen Gutserzeugnisse, die zu gewissen Zeiten des Jahres gewonnen und eingebracht werden, als: Feld- und Gartenfrüchte, Heu, Grummet, Wein, so ist nach der vorauszusetzenden Absicht der Interessenten anzunehmen, daß die von solchen Erzeugnissen dem Auszügler bedungene Quantität, wenn er auch nicht damit auf besondere Grundstücke angewiesen wurde, ihm alsdann zu liefern sey, wenn jede Art der ausgesetzten Früchte auf dem Gute geerndtet und die etwa vor der Verabreichung noch nöthige Arbeit daran verrichtet worden ist. Solche Früchte also, die sofort nach deren Einbringung ohne Weiteres an den Auszügler abgegeben werden können, kann dieser sogleich nach der Einbringung fodern. Diejenigen aber, welche erst noch durch eine besondere Vorrichtung zum Verbrauche tauglich gemacht werden müssen, werden ihm erst nach Vollendung dieser Arbeit geliefert. Demnach kann der Auszügler die ihm ausgesetzten Erdäpfel, Rüben, Möhren ꝛc. sofort nach dem Ausnehmen dieser Früchte, das grüne Obst, sobald es abgenommen worden ist, die bedungenen Trauben nach der Lese des Weins fodern. Dagegen ist er das Getreide erst nach dem Ausdreschen, das gebackene Obst erst nach dem Abbacken desselben u. s. w. zu verlangen berechtigt. Kann oder will derselbe bei Anstellung einer Klage wegen rückständiger Leistun-

gen dieser Art den eigentlichen Zeitpunkt, wann die Gartenfrüchte eingebracht, das Getreide ausgedroschen, das Obst abgebacken worden ist rc. nicht genau angeben, oder bescheinigen, so werden ihm hinsichtlich aller dieser Fruchtarten, unter den weiter unten sub B) anzugebenden allgemeinen Voraussetzungen wenigstens von Weihnachten, dem 25. December jeden Jahres an, die Verzugszinsen oder das Aufmaß zugesprochen, weil auch ohne besondere Nachweisung anzunehmen ist, daß zu dieser Zeit nicht nur die Einbringung aller Früchte erfolgt, sondern auch diejenigen Vorrichtungen beendigt seyen, deren es in Ansehung einiger Fruchtarten noch bedarf, um sie zum Genuß oder Verbrauch geeignet zu machen.

Soviel die Leistungen des ersten und letzten Auszugsjahres betrifft, so ist die Absicht der Interessenten vorauszusetzen: daß der Auszügler auch im ersten Jahre mit Eintritt der Erndte oder Ausdruschzeit jeder Fruchtart sogleich das ganze davon jährlich ausgesetzte Quantum erhalten, nach seinem Tode aber den Erben desselben auf die seit dem letzten Ablieferungstermine verflossene Zeit etwas nicht gereicht werden solle.

β) Von solchen Producten der Gutswirthschaft, welche nicht lediglich zu gewissen Zeiten des Jahres erzeugt werden, sondern stets gewährt werden können, als: Milch, Butter, Käse, Eier rc., ist der Auszügler befugt und

verbunden: das ihm auf das ganze Jahr oder auf einen gewissen Jahres-Abschnitt ausgesetzte Quantum in verhältnißmäßigen Raten zu fodern und anzunehmen. Nach der besondern Beschaffenheit des Productes gebührt ihm z. B. die ausgesetzte Milch täglich, die Butter wöchentlich und zwar diese von der zuletzt bereiteten.

γ) Alle übrigen Naturalien, ingleichen die jährlichen Geldzahlungen sind mit Ablauf des von Schließung des Contracts oder Eintritt des Dreißigsten nach dem Tode des Auszugsstifters verflossenen Jahres für gefällig zu achten, wenn nicht der besondere Zweck des zu liefernden Gegenstandes eine Ausnahme begründet, wie dieß z. B. in Ansehung des Brennholzes der Fall ist, welches seiner Bestimmung zu Folge jedesmal zu Michael gefodert werden kann.

b) Wird bei Bestellung des Auszugs der Gutsbesitzer zu gewissen Handlungen verpflichtet, es mögen dieselben in einer bloßen Verrichtung bestehen — als Bearbeitung eines Stückes Feld, Backen des Auszugsgetreides, Waschen der Wäsche ꝛc. — oder zugleich mit Verabreichung eines Gegenstandes verbunden seyn — z. B. Beköstigung des Auszüglers, Besäung des Auszugsfeldes mit dazu zu gebendem Saamen — so bestimmt sich der Zeitpunkt, wann die Leistung gefodert werden kann, in jedem einzelnen Falle nach derjenigen Zeit, zu welcher der Gutsbesitzer selbst in seiner Wirthschaft Verrichtungen gleicher

Art vorzunehmen pflegt, dafern nicht das besondere Bedürfniß des Auszüglers eine Ausnahme rechtfertigt.

B) Anlangend die, außer der Verfallzeit, zum Verzuge noch sonst erfoderlichen Bedingungen, so sind folgende Fälle zu unterscheiden:

1) Wenn der Auszügler im Gute oder in einem dabei befindlichen Auszugshause wohnt, so bedarf es nach Eintritt der Verfallzeit nicht erst einer besondern Mahnung des Verpflichteten, sondern dieser hat, nach der vom Sächsischen Gerichtsbrauche stets anerkannten Regel: dies interpellat pro homine, von selbst die fällige Natural- oder Geldabgabe dem Auszügler zuzustellen und die fällige Leistung zu verrichten.

2) Hält sich der Auszügler außerhalb des Grundstückes auf, von welchem er den Auszug zu beziehen hat, so ist zu Folge des geschichtlichen Ursprungs und der regelmäßigen Bestimmung des Auszugs anzunehmen: daß der Besitzer des Gutes auch nach eingetretener Verfallzeit der Regel nach und wenn nicht das Gegentheil ausdrücklich und unzweideutig festgesetzt worden ist, keineswegs verbunden sey, den Gegenstand der Leistung dem Auszügler in dessen Wohnung zu liefern, sollte sich auch diese mit der des Gutsbesitzers in einer und derselben Ortschaft befinden. Um in diesem Falle den Auszugspflichtigen in Verzug zu setzen, muß sich der Berechtigte zur gehörigen Zeit in Person oder durch einen legitimirten Stellvertreter im

Gute melden und zur Empfangnahme des liefernden Gegenstandes bereit erklären.

Hinsichtlich der Früchte, deren Lieferungszeit sich nach der Erndte, dem Ausdrusche ꝛc. richtet, hat jedoch der Besitzer des Gutes dem außerhalb desselben wohnenden Auszügler oder, wenn sich selbiger sogar an einem andern Orte aufhält, dem dießfalls von ihm in dem Orte, wo das Grundstück liegt, zu bestellenden Bevollmächtigten desselben anzuzeigen, daß die Einerndtung, der Ausdrusch ꝛc. erfolge oder bevorstehe.

Unterläßt in diesen Fällen der Auszügler, zur gehörigen Zeit den Gegenstand abzuholen oder abholen zu lassen, so geräth der Verpflichtete nicht nur nicht in Verzug und hat daher weder Verzugszinsen oder Aufmaß, noch sonstige Entschädigung zu leisten, sondern es steht ihm auch, wenn er späterhin wegen der Leistung belangt wird, frei: entweder

a) statt der zu liefernden Sache selbst den Werth, den sie zur Verfallzeit hatte, — welcher nach dem mittlern Marktpreise der nächsten Marktstadt oder nöthigenfalls nach dorfgerichtlichem Ermessen zu bestimmen ist — in baarem Gelde zu bezahlen, oder

b) die Sache, wenn er sie aufbewahrt hat und selbige nicht immittelst verdorben ist, in dem Zustande zu übergeben, in welchem sie zu der spätern Zeit, wo sie der Auszügler verlangt, sich befindet. Ist jedoch die Sache unterdessen verdorben, oder hätte selbige ohne besondere

Fürsorge (als welche von demjenigen, der zu Erfüllung seiner Schuldigkeit bereit war, zu Gunsten des Säumigen nicht verlangt werden kann) verderben müssen, so wird der Verpflichtete von seiner Verbindlichkeit in Ansehung der in Frage stehenden Leistung gänzlich befreit.

In welchem Zeitraume aber das gänzliche Verderbniß einer Sache einzutreten pflege, ist durch das Ermessen der Ortsgerichte zu bestimmen, insofern nicht eine auf bekannte Naturgesetze oder allgemeine Erfahrung gegründete Notorität ein solches Ermessen unnöthig macht, z. B. wenn der Auszügler frisch geschlachtetes Fleisch erst 8 Tage nach der Verfallzeit abholen wollte, indem solches ohne besondere Schutzmittel gegen die Fäulniß nicht so lange unverdorben aufbewahrt werden kann; oder wenn derselbe die ihm der Gattung nach ausgesetzten Stücke lebendigen Viehes auch nur einige Tage nach der bestimmten Zeit verlangte, indem das Vieh ohne Fütterung auch diese kurze Zeit nicht überlebt haben würde.

In Beziehung auf die unter B) 1. und 2. unterschiedenen Fälle sind übrigens noch folgende Grundsätze angenommen worden:

I. Wenn es lediglich in die Willkühr des Auszüglers gestellt worden, zu welcher Zeit er eine gewisse Leistung vom Gutsbesitzer fodern wolle, so tritt auf Seiten des Letztern natürlich ein Verzug nicht eher ein, als bis der Auszügler erklärt hat, daß er die Leistung verlange.

II. Ist dem Auszügler die Wahl gelassen, zu einer gewissen Zeit entweder die Sache oder den Geldwerth (dieser mag bestimmt seyn oder nicht) zu fodern, so geht, nach Analogie der von der mora debitoris geltenden Grundsätze, das Wahlrecht auf den Gutsbesitzer über, wenn der Auszügler nicht zur gehörigen Zeit sich über die Wahl erklärt hat. — Wenn die Sache nicht zu jeder Zeit im Gute vorhanden ist, sondern zum Behuf der Abgabe an den Auszügler vom Gutsbesitzer erst angeschafft oder in den erfoderlichen Stand gesetzt werden muß, so hat der Auszügler sich über die ihm gelassene Wahl jedesmal so lange vor dem bestimmten Ablieferungstermine zu erklären, als erfoderlich ist, bis zu diesem Zeitpunkte die Sache ohne besondern Nachtheil des Gutsbesitzers herbeizuschaffen oder in Stand zu setzen. Soll z. B. der Auszügler nach seiner Wahl zu Weihnachten entweder ein gemästetes Schwein oder dafür 15 Thlr. Geld erhalten, so hat derselbe, wenn er das erstere haben will, dieß wenigstens zu Michael zu erklären, widrigenfalls muß er sich gefallen lassen, daß der Gutsbesitzer nach seiner Wahl ihm entweder das Schwein oder das Geld gebe. Aus dem in diesem Falle anzunehmenden Uebergange des Wahlrechts auf den Verpflichteten folgt zugleich: daß, wenn ein Auszügler, welchem nach Obigem die Abholung der Auszugsgegenstände obliegt, nicht nur unterlassen hat, sich wegen der ihm zustehenden Wahl zwischen Sache und Geld zu erklären, sondern auch zur Verfallzeit sich nicht im Gute gemeldet hat,

um die Sache oder das Geld abzuholen, der Gutsbesitzer durch das hierauf wirklich oder präsumtiv eintretende Verderbniß der Sache von der fraglichen Leistung gänzlich befreit wird.

III. Ist der Gutsbesitzer wegen einer Naturallieferung wirklich in Verzug gerathen, so steht es in der Willkühr des Auszüglers: ob er die in Rückstand gebliebenen Gegenstände in Natur oder nach dem Werthe, welchen sie zur Verfallzeit hatten, fodern will. Verlangt er das Erstere, so kann er als Ersatz des durch die Zögerung entstandenen Schadens das sogenannte Aufmaß nur von dem Getraide und andern trocknen Früchten fodern [3]); von allen übrigen Naturalien aber, er mag diese selbst oder deren Werth verlangen, sind ihm nur Verzugszinsen des Geldwerthes zuzusprechen.

IV. Obschon die Verzugszinsen der Regel nach von dem Zeitpuncte der in Ansehung jeder einzelnen Leistung eingetretenen mora an zu berechnen sind, so ist doch hiervon alsdann eine in der Natur der Sache gegründete Ausnahme zu machen: wenn einzelne Leistungen von ganz geringem Werthe in so kurzen Zwischenräumen verfallen sind, daß die Berechnung der Verzugszinsen von jedes Termins Verfallzeit an unverhältnißmäßige Schwierigkeiten oder Kosten verursachen würde, z. B. in dem Falle, wenn täglich eine Kanne Milch zu liefern gewesen ist. In solchen Fällen hat das richterliche Ermessen

[3]) Nov. 34. cap. 1.

den Anfang der Verzugszinsen nach größern Zeitabschnitten zu bestimmen.

Diese Grundsätze des Königl. Sächs. Appellationsgerichts dürften sich durch ihre Consequenz und Zweckmäßigkeit auch außer dem Königreiche Sachsen, soweit Landesgesetze [4]) oder die Dispositionen der Interessenten selbst nicht ein Anderes festgestellt haben, zur Annahme in den Gerichten empfehlen.

---

[4]) Vergl. Fuldaische Verordnung über den Auszug, vom 16. Januar 1733, über Beschränkung der Veräußerung der Bauergüter gegen Vorbehalt eines Auszugs und Einschränkung des Auszugs selbst, bei Chr. Ludwig Runde, von der Leibzucht ꝛc. Oldenburg, 1805. Theil I. S. 212. — Dessauische Verordnung vom 23. May 1771, vom 30. März 1772 und vom 11. April 1800.

XII.

Ueber die Anwendung der L. 68. ff. ad legem Falcidiam (35. 2.) auf Berechnung des Capitalwerthes des bäuerlichen Auszugs zum Behuf des davon zu entrichtenden Lehngeldes.

In Orten, wo das Lehngeld eingeführt und auch bei Veräußerungen der Grundstücke unter den Lebendigen zu entrichten ist, muß es auch von dem dabei vorbehaltenen Auszuge entrichtet werden. Doch bedarf es zu dessen Ermittelung nicht der Taxation des ganzen Grundstücks, sondern nur einer Abschätzung der jährlichen Auszugsgegenstände und einer Berechnung des Betrags derselben auf die noch übrige Lebenszeit des Auszüglers nach der gesetzlichen Präsumtion in Lege 68. ff. ad legem Falcidiam [1]), wornach ein Mensch von

[1]) Rescr. v. 30. Januar 1794. Cod. Aug. Cont. II. T. 2. p. 511. Jo. Gfr. Kraus, Diss. circa jura et mores reservatorum rusticorum. Viteberg. 1729. cap. IV. §. 7. pag. 36. Gottschalk, Sel. discept. for. T. I. cap. 15. p. 160. Ed. 2.

noch nicht 20 Jahren annoch lebt 30 Jahre
von 20 bis 25 = = = 28 =
= 25 = 30 = = = 25 =
= 30 = 35 = = = 22 =
= 35 = 40 = = = 20 =
= 40 = 50 = soviel Jahre, als ihm an 59 (ad annum sexagesimum, remisso uno anno) noch fehlen, folglich:

von 40 bis 41 noch lebt 19 Jahre
= 41 = 42 = = 18 =
= 42 = 43 = = 17 =
= 43 = 44 = = 16 =
= 44 = 45 = = 15 =
zc.
= 49 = 50 = = 10 =
= 50 = 55 = = 9 =
= 55 = 60 = = 7 =
= 60 und mehr Jahren überhaupt noch 5 Jahre.

Die in dem Gesetze für den Nießbrauch vom Macer angenommene Abweichung bei einem Menschen unter oder über 30 Jahre ist in Praxi nicht recipirt. Vorstehende in dem Gesetz deutlich aufgestellte Lebensberechnung hat Hommel [2]) nicht richtig aufgefaßt und insbesondere bei Menschen von 40 bis 55 Jahren die Lebensdauer unrichtig berechnet [3]). Je mehr sich

---

[2]) Rhaps. 741. Vol. VI. ed. Roessig.

[3]) Also: daß ein Mensch von 40 bis 50 Jahren nur noch 9 Jahre, von 50 bis 51 noch 5, von 51 bis 52 noch 4, von 53 bis 54 noch 3 und von 54 bis 55 noch 2 Jahr lebe. Dieser unrichtigen Berechnung ist auch gefolgt Thierfeld, der Leibzuchts-

diese Schrift unter den practischen Juristen verbreitet hat, desto dringender ist eine öffentliche Berichtigung dieses Irrthums.

Bei der Berechnung des Auszugs auf die präsumtive Lebensdauer ist aber auch das **interusurium** mit abzuziehen [4]).

Zur leichtern Anwendung des Gesetzes auf Feststellung des Capitalwerthes eines lebenslänglichen Auszugs mag nachfolgende, darnach entworfene Tabelle dienen, in welcher der für den einzelnen Thaler der Auszugstaxe auf die Dauer von 5 bis 28 Jahren sich ergebende Gesammtbetrag dergestalt ausgeworfen ist, daß es in vorkommenden Fällen nur eines einfachen Multiplikationsexempels bedarf:

Contract oder die Rechte und Pflichten der Auszügler im Königreiche Sachsen. Leipzig 1827. S. 126.

4) L. 66. pr. ff. ad leg. Falcid. Hofacker, princ. jur. civ. §. 1515. T. II. p. 645.

Berechnung

zu Veranschlagung eines jährlichen Auszugs zu Capital, nach Höhe eines Thalers für das Jahr.

Lebensalter des Auszüglers	Anzunehmende Dauer des Auszuges	Anschlag zu Capital nach der ganzen Dauer		
		Thlr.	gl.	pf.
60 Jahre u. drüber	auf 5 Jahre	4	8	$8\frac{12406}{265563}$
55 bis 60 Jahre	= 7 =	5	20	11
50 = 55 =	= 9 =	7	6	7
49 = 50 =	= 10 =	7	22	7
48 = 49 =	= 11 =	u.	f.	w.
47 = 48 =	= 12 =			
46 = 47 =	= 13 =			
45 = 46 =	= 14 =			
44 = 45 =	= 15 =			
43 = 44 =	= 16 =			
42 = 43 =	= 17 =			
41 = 42 =	= 18 =			
40 = 41 =	= 19 =			
35 = 40 =	= 20 =			
30 = 35 =	= 22 =			
25 = 30 =	= 25 =			
20 = 25 =	= 28 =			

XIII.

Ueber die Art des Abzugs oder der Vertheilung der allgemeinen Concurskosten nach den Gesetzen des Königreichs Sachsen.

Für die allgemeinen Concurskosten — im Gegensatz der durch die Foderungen der einzelnen Gläubiger verursachten besondern Kosten — stellt die Erl. Proc. Ordnung Tit. 42. §. 1. den Grundsatz auf: daß selbige den zur Perception gelangenden Gläubigern pro rata zu kürzen sind. Ausdrücklich werden darunter auch die Kosten für Erhaltung und Bestellung der Güter, Einbringung der Früchte und für Verwahrung der Mobilien mitgerechnet. Diesen Grundsatz bestätigt das Generale vom 3. Juli 1748. §. 1. (Cod. Aug. Cont. I. T. I. pag. 369.) und bezieht selbigen auch ausdrücklich auf die Sequestrationskosten; doch setzt es in §. 4. eine Ausnahme fest bei den laufenden Reallasten mit Einschluß der Kosten der dem Gute des Gemeinschuldners zustehenden Gerichtsbarkeit, bei den Depositen-Gebühren (ohne Beschränkung auf deponirte Gutskaufgelder) und bei dem Agio von Activcapitalien der Masse. Diese ausgenommenen Kosten

sollen nämlich nicht den Gläubigern an ihren Perceptions-Summen gekürzt, sondern „aus der ganzen Concursmasse" entnommen werden. Regel und Ausnahme bestätigt das geschärfte Banquerout.-Mandat vom 20. Decbr. 1766. §. 23. (Cod. Aug. Cont. I. T. I. pag. 938.)

Da die von der Regel ausgenommenen Kosten von der ganzen Concursmasse abgezogen werden sollen, so folgt von selbst: daß sie von der verpfändeten und unverpfändeten Masse pro rata im Voraus abzuziehen sind, ohne selbige ausschließlich auf eine einzelne Masse zu werfen, sollten sie auch nur hinsichtlich gewisser Gegenstände erwachsen seyn, z. B. für Deposition der aus Mobilien gelösten Gelder. Selbst die laufenden Grund-Abgaben sind auf die ganze Masse zu übertragen[1]).

Keines der angeführten Gesetze hat bestimmt: daß die allgemeinen Concurskosten, welche entweder den

---

[1]) Dem steht der Befehl vom 30. Juni 1732, das Generale vom 8. Juli 1732 und die andern von Reinhard in seiner Schrift: Ordnung der Gläubiger im Concurs. §. 192. Note 4. angeführten Verordnungen: wornach die Steuern während der Dauer des Concurses aus den Früchten und Nutzungen der Grundstücke zu entnehmen und an die fodernde Behörde einzuliefern sind, nicht entgegen, als worinn nur die Beschleunigung der Entrichtung an die Behörde bezweckt wird, nicht aber eine Basis gegen die Concursgläubiger. Ohnehin sind diese Verordnungen noch vor dem Generale vom 3. Juli 1748 erlassen worden. Indeß behaupten einige Juristen, z. B. Reinhard a. O., daß die Grundabgaben lediglich von dem Ertrag oder Erlös der betreffenden Grundstücke abzuziehen seyen. Dagegen folgt der Leipziger Schöppenstuhl der richtigen Meinung.

percipirenden Gläubigern pro rata gekürzt oder von der Masse abgezogen werden, sofern sie etwa bloß für einen gewissen Gegenstand der Masse verwendet worden, lediglich von dem Erlös dieses Gegenstandes oder von dem Ertrag des betreffenden Grundstücks oder anderer nutzbaren Gegenstände im Voraus in Abzug gebracht werden sollen, z. B. die Versteigerungskosten für ein Grundstück von dem Erlös desselben, die Transport-, Taxations- und Auctionskosten von dem Erlös der Mobilien, die Fütterungskosten von dem gelösten Preise der gefütterten Thiere, die nothwendigen Reparaturkosten von dem Preise der reparirten Sachen, die Proceßkosten für Einziehung eines Activcapitals, oder die Kosten des Curatoris bonorum für Fertigung der Urkunden über ausgeliehene Masse-Capitalien von dem Betrage des Capitals, die Feldbestellungskosten von den Früchten oder dem Erlös des bestellten Feldes ꝛc. Ein solches Abzugsprincip würde dem Grundsatze widersprechen: daß vom Ausbruche des Concurses an die ganze Vermögens-Masse des Schuldners der Gesammtheit der Gläubiger zufällt und vom Concursgericht und dem bestellten Sequester für die Gesammtheit der Gläubiger bis zur Versilberung verwaltet wird. Selbst die Nutzungen des Allodial-Vermögens, welche nach Ausbruch des Concurses erhoben werden, gehören der Gesammtheit der Gläubiger auch bei solchen Gegenständen, woran ein Pfandgläubiger bisher ein Nutzungsrecht ausübte [a]). Jenes Abzugs-

---

[a]) Mein System des Concursprozesses, 2te Ausgabe Bd. II. §. 39. Num. 12, Note 377., ingleichen B.

princip würde dem Concursgericht die Bürde einer Menge Separat-Rechnungen zuziehen, aber auch für Fälle gänzlich unausführbar seyn, wo der Verwaltungs- oder Versteigerungsaufwand den Erlös aus der Sache überstiege. Ueberdieß würde daraus die Folge entstehen: daß die absolut privilegirten Gläubiger (der I. Klasse) zu diesen Specialkosten nichts beitrügen, ob sie schon aus dieser Specialmasse mit percipirten; daß ferner die einfachen chirographarischen Gläubiger zu den Kosten für eine Special-Pfandmasse nichts beitrügen, ob sie schon aus dem Ueberreste dieser Pfandmasse mit befriedigt würden. Ueberhaupt widerspräche diese Abzugsmethode der in

I. §. 48. u. folg., wo dieß näher ausgeführt ist. Anderer Meinung ist Gottschalk, Sel. disc. for. Ed. 2. T. III. cap. 18. pag. 241. Würde dieser entgegengesetzte Grundsatz vorgezogen: daß nämlich die seit Ausbruch des Concurses von dem verpfändeten Allodial-Vermögen gezogenen Nutzungen den Pfandgläubigern jure pignoris mit gebührten, so wäre allerdings aus jedem solchen nutzbaren Gegenstande eine besondere Masse zu bilden und über die Nutzungen desselben eine besondere Verwaltungsrechnung zu halten. Dadurch würden aber diese Nutzungen den chirographarischen Gläubigern, welche ohnehin gegen die Pfandgläubiger auch hinsichtlich der Zinsen ihrer Capitalien schlechter gestellt sind, entzogen, die doch in der Regel durch die Verwaltungskosten nicht absorbirt werden. Indeß schließt schon die gewöhnliche Formel des Locationsurthels in Bezug auf Special-Hypotheken: „aus den Kaufgeldern des verpfändeten Grundstücks", wenn solche mit in Rechtskraft getreten ist, jene Zutheilung der Nutzungen an die Pfandgläubiger aus. Auch hat der Leipziger Schöppenstuhl in D. Gerlach's zu Chemnitz Concurse im Decbr. 1821. auf die richtigere Meinung erkannt.

der Erl. Proc. Ordn. a. D. §. 1. gegebenen Bezeichnung dieser Kosten, als: „dem ganzen Concurse zum Beßten aufgewendete".

Allein in neuerer Zeit hat diese Abzugsmethode wenigstens hinsichtlich der Verwaltungskosten für Grundstücke im Königl. Sächs. Appellationsgerichte Eingang gefunden, welches insbesondere in Clausens Concurse im Jahre 1825 dahin erkannt hat: daß die Sequestrations= (Verwaltungs=) Kosten für ein Grundstück zunächst von den erhobenen Nutzungen desselben abzuziehen seyen, nach dem in der Natur der Sache und in positiven Gesetzen liegenden Grundsatze: fructus non intelliguntur nisi deductis impensis [3]). Indessen dürfte dieser bei dem Besitzer einer fremden Sache, die er für seine eigene behandelt, eintretende Rechtssatz nicht geeignet seyn, von den besondern Vorschriften über Repartition der Concurskosten eine Ausnahme zu begründen, indem das Concursgericht oder der bestellte Sequester die Masse und die dazu gehörigen Grund=

---

[3]) L. 36. §. 5. ff. de heredit. petit. (5. 3.) L. 7. pr. ff. soluto matrim. (24. 3.) L. 46. ff. de usuris. (22. 1.) u. L. 1. C. de fructib. et litium exp. (7. 51.), wornach der Besitzer einer fremden Sache, er sey guten oder bösen Glaubens, befugt ist, die auf Erzeugung, Einerndtung und Aufbewahrung der Früchte verwendeten Kosten von dem Werthe der zu erstattenden Früchte abzuziehen, mithin zu compensiren. Dieselbe Gegenfoderung hat aber auch der Besitzer einer fremden Sache wegen des nützlichen Aufwandes auf die Substanz. Diesen compensirt er zunächst mit den gezogenen Nutzungen, und soweit diese dafür nicht hinreichen, hat sie ihm der Eigenthümer baar zu vergüten. L. 38. ff. de hered. petit. (5. 3.) L. 48. ff. de rei vindicat. (6. 1.)

stücke als Stellvertreter der Gesammtheit der Concursgläubiger und für Rechnung derselben verwaltet, auch verbunden ist, dabei allen unnöthigen Aufwand zu vermeiden [4]). Der von ihm auf Erzeugung der Früchte gemachte Aufwand geht allen Gläubigern zu Gute, da die Früchte selbst zur gemeinen Masse kommen; der nöthige Aufwand zu Erhaltung der Substanz bis zur Versteigerung (welche zu beschleunigen ist [5])] geht zwar zunächst nur denjenigen Gläubigern zu Gute, denen die Substanz verpfändet war, allein da dieser Aufwand auch bei unverpfändeten Gegenständen eintreten kann, und selbst der Aufwand auf verpfändete Gegenstände den Werth derselben und die Befriedigungsmittel der Pfandgläubiger vermehrt, welche nun mit einem desto geringern Ausfall unter den chirographarischen Gläubigern mit auftreten, überdieß, wenn das Pfand einen Ueberschuß gewährt, daran auch die Chirographarier Theil nehmen, so gleicht sich hierdurch jener Separat-Aufwand wieder aus. Daß Schaden und Vortheil bei der Verwaltung der Concursmasse im gemeinschaftlichen Interesse aller Concursgläubiger sey, beweist auch die Vorschrift des geschärften Banquerout.-Mandats §. 17. und 22., nach welcher über die Frage: ob ein Gut verpachtet oder durch einen Sequester verwaltet werden soll? die Stimmenmehrheit aller Gläubiger erfoderlich ist.

---

4) Erl. Proc. Ordn. Tit. 42. §. 1. Daher ist das Concursgericht nicht befugt: baufällige, den Einsturz drohende Gebäude auszubessern, sondern nur zu stützen, um das Einfallen zu verhüten.

5) Generale vom 3. Juli 1748. §. 8.

Die bisher aufgestellten Grundsätze haben jedoch durch das Mandat vom 9. April 1827 §. 1. (Gesetzsammlung Num. 13. S. 87) eine Abänderung erlitten, welches folgende Vorschrift enthält:

„Die Sequestrationskosten in Concursen sind sogleich von der Sequestrationseinnahme abzuziehen, und daher nur die reinen Ueberschüsse der letztern zur Masse zu bringen und zu vertheilen. Bei vorhandenem Deficit aber ist die Uebermasse der zu verwenden gewesenen Kosten den von den Kaufgeldern des sequestrirten Gutes percipirenden Gläubigern pro rata an ihren Perceptions-Quantis zu kürzen."

Die diesem Mandate vorausgegangenen Communicate und Gutachten der Behörden geben an die Hand: daß dieses Gesetz sich nicht auf Verwaltungskosten der beweglichen Sachen bezieht, welche demnach unter obigen allgemeinen Grundsätzen verbleiben, sondern lediglich auf die während des Concurses statt gefundene Verwaltung eines oder mehrerer Grundstücke. Daher ist auch die erwähnte Sequestrationseinnahme nicht von allen und jeden Revenüen der ganzen Concursmasse zu verstehen, sondern nur von dem Ertrage der Grundstücke an Früchten, Erbzinsen, Gerichtsnutzungen und dergleichen. Ferner ist unter dem Worte: Sequestrationskosten jeder mit der Verwaltung der einzelnen Grundstücke verbundene nothwendige Aufwand zu verstehen, wenn auch ein Sequester nicht besonders bestellt, sondern die Verwaltung vom Concursrichter geführt worden wäre. Zu den eigentlichen Sequestrationskosten gehört außer dem eigentlichen Salar des Sequesters, der nothwendige Aufwand auf Erzeug-

ung, Einerndtung und Aufbewahrung der Früchte, auf Erhaltung der Grundstücke selbst und auf die Bewirthschaftung derselben überhaupt. Haften auf mehrern Grundstücken verschiedene Pfandrechte, so sind die Verwaltungskosten für jedes Grundstück und der Ertrag desselben besonders zu berechnen. Soweit die Verwaltungskosten den Ertrag des Grundstücks übersteigen, sind selbige den Gläubigern, welche aus den Kaufgeldern des Grundstücks selbst Befriedigung erhalten, nach Proportion dieses Kaufgelder-Antheils, zu kürzen. Demnach wäre das Manco jener Kosten, wenn von den Kaufgeldern des Grundstücks, nach Befriedigung der darauf versicherten Pfandgläubiger, noch Etwas für die Chirographarier übrig bleibt, pro rata ihrer Perceptions-Summen von diesen Kaufgeldern daran zu kürzen und dieser Abzug im Distributionsbescheide besonders auszuwerfen.

Diese für die Sequestrationskosten eines Grundstücks bestimmte Abzugsmethode unterscheidet sich also wesentlich von der oben angegebenen Repartition der übrigen Concurskosten, indem diese Sequestrationskosten weder allen aus der Concursmasse überhaupt percipirenden Gläubigern pro rata ihrer vollen Perceptionssumme gekürzt, noch von der ganzen Concursmasse im Voraus abgezogen werden.

Für den Fall: daß auf dem sequestirten Grundstücke gar keine Pfandschulden haften, ist eigentlich die Abzugsmethode des angeführten Mandats nicht nöthig, weil hier sämmtlicher Gutsertrag und Gutserlös den sämmtlichen Gläubigern zugetheilt werden, mithin selbige auch pro rata ihrer Perceptionssummen überhaupt die Verwaltungskosten zu decken haben.

Allein es fragt sich, ob dieses Gesetz im Sinne gehabt habe, die seit Ausbruch des Concurses von dem Grundstücke nach Abzug der Verwaltungskosten übrig bleibenden Nutzungen ausschließlich den Pfandgläubigern dieses Grundstücks zuzutheilen, und ob ohne ausdrückliche Vorschrift darüber jener Zweck von selbst als ausgesprochen zu betrachten sey?

Das Mandat spricht nur von der Art, wie die Sequestrationskosten zu berichtigen und zu repartiren sind, und weist dafür zunächst die Sequestrations e i n n a h m e an, hierauf, wenn diese nicht zureicht, die Kaufgelder des Grundstücks selbst. Dagegen sagt es nirgends, daß die Sequestrationseinnahme, soweit sie nach Abzug der Verwaltungskosten Ueberschuß gewährt, ausschließlich den Pfandgläubigern des sequestrirten Grundstücks zur Befriedigung mit zugetheilt werden soll, sondern ordnet nur an, den Ueberschuß zur M a s s e zu bringen und zu v e r t h e i l e n Es hat überhaupt die Pfandgläubiger des Grundstücks gar nicht erwähnt. Freilich scheint es eine Unbilligkeit zu seyn, wenn Pfandgläubiger des Grundstücks wirklich vorhanden sind, und die Sequestrationseinnahme zu Deckung der Ausgaben nicht hinreicht, diesen zunächst das Fehlende zu kürzen, ohne ihnen im entgegengesetzten Falle, wo die Einnahme Ueberschuß gewährt, diesen ausschließlich zuzutheilen. Allein der Fall, wo die Verwaltungskosten eines Grundstücks dessen Nutzungsertrag überschreiten, ist doch seltner. Jene ausschließliche Zutheilung des Nutzungsüberschusses an die Pfandgläubiger hingegen wäre eine Abänderung des bisher gegoltenen Rechtssatzes, daß vom

Ausbruch des Concurses an das Vermögen des Gemeinschuldners und dessen Nutzungen der Gesammtheit der Gläubiger zufallen, und ein solches derogirendes Gesetz müßte ein ausdrückliches seyn [6]). Selbst aus dem Grundsatze: **fructus non intelliguntur, nisi deductis impensis,** welcher dem Mandate unterliegt, folgt nur soviel, daß der Aufwand auf die Früchte deren Betrag ipso jure mindere, ohne dadurch zu bestimmen, an welche Gläubiger der Nutzungsüberschuß in Concursen zu vertheilen sey. Uebrigens wäre wohl zu wünschen, daß bei einer künftigen neuen Concursordnung die singuläre Vorschrift des angeführten Mandats, ingleichen die Bestimmung des §. 4. des Generalis vom 3. Juli 1748 wieder aufgehoben und die Regel der Erl. Proc.-Ordnung Tit. 42. §. 1. für alle Concurs- und Verwaltungsausgaben festgestellt würde, weil sie das Rechnungswesen vereinfacht, und mit dem Grundsatze des Gesammteigenthums der Gläubiger an der Concursmasse genau übereinstimmt [7]).

---

6) Man vergl. Note 2. z. E.

7) Nur die im Mandate vom 9. April 1827 und §. 4. des Generalis vom 3. Juli 1748 gegebene Vorschrift über das Agio wäre beizubehalten, die sich ohnehin von selbst versteht, da Agio-Verlust an sich ein Verlust am Capitale ist.

XIV.

In wiefern sind die auf Zeit geschlossenen Ankäufe von Staatspapieren nach Königl. Sächsischem Rechte gültig?

Wird der Vertrag geradezu auf Gewährung einer bloßen Coursdifferenz zwischen der Zeit des Vertrags und einem gewissen spätern Tage gerichtet, z. B. Jemand kauft von dem Andern 100 Stück Staatsobligationen, jede auf hundert Thaler lautend, um den jetzt stehenden Courswerth von 64 Thalern das Stück, unter der Bedingung, daß der nach 6 Monaten eingetretene Courswerth, wenn er tiefer steht, den Verkäufer berechtigen solle, von dem Käufer anstatt der Papiere selbst, bloß die Summe zu fodern, um welche der Verkaufpreis den jetzigen Courswerth übersteigt; hingegen, wenn der Courswerth zur Verfallzeit gestiegen ist, der Käufer dieses plus vom Verkäufer fodern könne: so stellt sich dieser Vertrag als ein nach dem Sächsischen Mandate wegen der Hazard- und andern hohen Spiele ꝛc. vom 20. Decbr. 1766 (Cod. Aug. Cont. I. p. 918) verbotenes Glücksspiel dar, und gleicht dem Pharao. Denn der von den Parteien beim Handel zum Grunde gelegte Preis vertritt die Stelle der

Karte, worauf der Pointeur beim Pharao setzt, der Cours des Lieferungstags stellt den Zug der Karte vor, worauf pointirt worden, und die Differenz zwischen beiden Zeitpuncten gewährt den Gewinn oder Verlust, tritt also an die Stelle des von dem Pointeur auf die Karte gesetzten Betrags. Zwar unterscheidet sich ein solches Geschäft von dem Hazardspiel darin, daß bei ersterm kein baares Geld gesetzt wird und daß die Spieler nicht wissen, wieviel sie setzen, mithin verlieren können, allein eben dieß macht ihr Spiel nur noch *gefährlicher*. Auch sind in dem angeführten Mandate vom Jahre 1766 nicht bloß die darin namentlich aufgeführten, sondern auch „*alle übrige* Hazardspiele, welche überhaupt *von* Glück *und Zufall hauptsächlich* abhangen" verboten. Das Königl. Sächs. Appellationsgericht hat die Ungültigkeit eines solchen Handels auf Gewährung der bloßen Coursdifferenz von Staatspapieren ausgesprochen in S. *Joel Meyer's* und Comp. ÷ *Herrfurth* 1825. I. A. Nr. 2.

Hiernächst fragt sich, ob nicht ein solches Glücksspiel verschleiert eingegangen sey, wenn der Handel über eine Quantität Staatspapiere gegen einen jetzt stehenden (oder von den Contrahenten beliebten) Courswerth dahin geschlossen worden ist, daß nach Eintritt des bestimmten Lieferungstages der Käufer oder Verkäufer die Wahl haben soll: entweder die wirkliche Erfüllung des Kaufs oder bloß diejenige Summe zu verlangen, welche die ihm zum Vortheil ausgefallene Differenz das jetzigen Courswerthes gegen den zur Zeit des Vertrags gestandenen abwirft.

Diese Verschleierung, mithin die Ungültigkeit eines solchen Handels nimmt das Königl. Appellationsgericht in dem Falle an, wo am Ablieferungstage entweder der Käufer nicht die baare Kaufsumme zur Bezahlung oder der Verkäufer nicht die versprochene Quantität Staatspapiere zur Uebergabe wirklich in Bereitschaft hatte. Letzteren Umstand muß daher der auf Erfüllung oder Schadenersatz klagende Theil in der Klage ausdrücklich mit aufnehmen und im Leugnungsfall erweisen; entgegengesetzten Falles wird, wenn ersteres nicht geschehen, die Klage in der angebrachten Maße abgewiesen und ein bloß wörtliches Erbieten zur Erfüllung nicht für ausreichend geachtet, wenn es hingegen am Beweise jenes Umstandes gebricht, der Beklagte von der Klage entbunden, nach den Erkenntnissen in S. Nathan Helft's und Daniel Helft's ÷ Jonas Abraham Bondi. 1832. I. C. 2, 6 und 7. *).

*) Hinsichtlich des gemeinen Rechts vergleiche man Bender, über den Verkauf von Staatspapieren, im Archiv für die civilist. Praxis Bd. 8. S. 109. ff.

XV.

Ist ein von der Mehrheit der Concursgläubiger mit dem Gemeinschuldner oder einem Dritten gerichtlich geschlossener Nachlaßvertrag (pactum remissorium) für die nicht beigetretene Minderzahl der Gläubiger auch dann verbindlich, wenn darin zugleich dem Nachfoderungsrechte der Gläubiger entsagt worden ist?

In den römischen Gesetzen ist der nothwendige Nachlaßvertrag lediglich auf den Fall beschränkt, wo die Erbschaftsgläubiger mit dem Erben, um ihn zu Antretung der Erbschaft zu bewegen, sich vereinigen: ihm an ihren Foderungen einen Theil zu erlassen. Nur für diesen singulären Fall wird die nicht beigetretene Minderzahl der Erbschaftsgläubiger an den durch die Mehrzahl bewilligten Erlaß gebunden [1]). Außer diesem Erbschaftsverhältnisse kommt im römischen

[1]) L. 7. §. 17 — 19. L. 8. 9. et 10. ff. de pactis (2. 14.) L. 58. §. 1. ff. mandati (17. 1.).

Rechte nur noch der Zwang der Minderzahl der Gläubiger eines insolventen Schuldners zu einer bloßen fünfjährigen Gestundung der Foderungen vor, wenn nemlich die Mehrheit dem Schuldner diese Gestundung bewilligt hat [2]). Daß bei jenem mit dem Erben geschlossenen Nachlaßvertrag eine Nachfoderung des erlassenen Theils der Foderungen von selbst ausgeschlossen war, folgt von selbst, indem die Ansprüche der Gläubiger bloß auf der Erbschaft hafteten, also auf einer mit dem Tode des Erblassers geschlossenen Masse, bei welcher kein neuer Erwerb ihres Schuldners eintreten konnte.

Obschon durch den Gerichtsbrauch und einzelne Landesgesetze der deutschen Staaten jener römische Nachlaßvertrag auf den Fall erstreckt worden ist, wo die Gläubiger eines insolventen Schuldners überhaupt sich in der Mehrzahl mit ihm auf einigen Erlaß ihrer Foderungen vereinigen, zu welchem auch die dissentirende Minderzahl gezwungen wird, so darf man doch nicht diesen dem natürlichen Rechte zuwiderlaufenden Zwang über die durch den Gerichtsbrauch oder einzelne Landesgesetze oder durch die Natur der Sache gezogenen Grenzen eines solchen Nachlaßvertrags ausdehnen, insbesondere nicht die Stimmenmehrheit der Gläubiger alsdann gelten lassen, wenn der Nachlaßvertrag nicht mit dem insolventen Schuldner selbst, sondern mit einem Dritten geschlossen wird, dem die Vermögensmasse des Schuldners gegen Zahlung gewisser Procente, auf die Foderungen der Gläubiger

---

[2]) L. ult. C. qui bonis cedere poss. (7. 71.).

von der bloßen Mehrheit derselben abgetreten werden soll. Einem solchen Nachlaßvertrage ist die Minderzahl der Gläubiger beizutreten nicht schuldig, da weder specielle Gesetze sie dazu verpflichten, noch auch hierbei der Zweck, den Schuldner vom Untergange seines Nahrungsstandes zu retten [3]), erreicht wird.

Was nun das Nachfoderungsrecht der Concursgläubiger betrifft, nemlich deren Befugniß, das nach beendigtem Concurse von dem Schuldner auf's Neue erworbene Vermögen anzusprechen, soweit die Concursmasse für ihre Befriedigung nicht ausreichte, so ist selbiges im Königreiche Sachsen den Concursgläubigern, welche mit dem Gemeinschuldner einen Nachlaßvertrag geschlossen haben, in dem Banquerouteur-Mandat vom 20. Decbr. 1766. §. 17. ausdrücklich vorbehalten. Dieses Mandat bestimmt genau die Grenzlinien und Bedingungen, welche bei Eingehung des gerichtlichen (nothwendigen) Accords mit dem Gemeinschuldner nicht überschritten werden dürfen, wenn die dissentirende Minderzahl der Gläubiger daran gebunden seyn soll [4]). Darunter ist keineswegs der Majorität der Gläubiger auch das Befugniß mit gestattet, im Nachlaßvertrage zugleich auf den künftigen Vermögens-

---

[3]) Dabelow, Erläuterung der Lehre vom Concurse der Gläubiger 2. Auflage. Halle 1801. S. 499. Richter, Proc. pacti remissorii. Cap. II. §. 4. Chursächs. Banquerouteur-Mandat vom 20. Decbr. 1766. §. 4. Cod. Aug. Cont. II. Tom. I. pag. 927.

[4]) Angef. Banquerouteur-Mandat. §. 17. Num. 1—5. Mein System des Concursprocesses rc. 2. Auflage. §. 88.

Erwerb des Gemeinschuldners zu verzichten. Da auch nur die Concursmasse, wie sie dermalen besteht, der Gesammtheit der Gläubiger mit Ausbruch des Concurses anheim gefallen ist, und nur über diese ihr, gleich einer Gemeinheit, zu disponiren und zu transigiren zukommt, der Accord aber überhaupt nur die Abwendung oder Abkürzung des langwierigen und kostspieligen Concursprocesses, welcher sowohl dem Gemeinschuldner als den Gläubigern nachtheilig ist, bezweckt, so würde ein Verzicht der Gläubiger auf das Nachfoderungsrecht, auf das künftige Vermögen des Gemeinschuldners, zugleich den streitigen Gegenstand, (die vorhandene Concursmasse) überschreiten. Nur in Beziehung auf die Concursmasse wurden die Gläubiger durch Edictalien aufgefodert, sich zu melden; nur nach der Zahl der sich gemeldeten Gläubiger und der Höhe der angemeldeten Foderungen wird die bei dem Accord überwiegende Mehrzahl derselben berechnet; nicht nach der Zahl der Foderungen, die etwa wirklich vorhanden sind, ohne im Concurse angebracht worden zu seyn. Hätte nun die Mehrheit der sich gemeldeten Gläubiger in dem eingegangenen Nachlaßvertrage zugleich auf das Nachfoderungsrecht verzichtet und sollte daran zugleich die dissentirende Minderzahl gebunden seyn: so würde der Letztern ja das künftige Vermögen ihres Schuldners entzogen, ohne daß es selbst der Mehrzahl der Gläubiger mit zur Befriedigung diente, ja ohne daß es dem Schuldner verbliebe, weil es nun ausschließlich von den im Concurse sich nicht gemeldeten oder von neuen Gläubigern des Schuldners angesprochen würde, denen es sonach die

auf das Nachfoderungsrecht verzichtende Mehrheit der Concursgläubiger in die Hände gespielt hätte.

Das angeführte Chursächs. Banquerouteur-Mandat. §. 17. beschränkt den nothwendigen Nachlaßvertrag, zu dessen Anerkennung die dissertirende Minderzahl der Gläubiger gezwungen wird, auf den Fall, wo die Mehrheit der Gläubiger selbigen mit dem Schuldner selbst oder dessen Erben abgeschlossen hat. Nur gegen diese ist auch ein theilweiser Erlaß ihrer Schulden, um sie zu retten, denkbar. Dagegen stehen Vergleiche zwischen den Concursgläubigern und einem Dritten, der nicht als bloße Mittelsperson, z. B. als Bürge, für oder neben dem mitcontrahirenden Gemeinschuldner handelte, außerhalb der Kategorie der Nachlaßverträge und können nur die Concursmasse betreffen, nicht einen Erlaß der Schuld, selbst da nicht, wo die Gläubiger mit dem Dritten einig worden sind: ihm die ganze Concursmasse gegen Bezahlung gewisser Procente auf ihre Foderungen zu überlassen. Denn diese Minderung ihrer Foderungen geht hier nicht dem Gemeinschuldner zu Gute, sondern der Gesammtbetrag der herabgesetzten Foderungen bildet bloß das Kaufpretium für die an den Dritten verhandelte Masse. Da der Gemeinschuldner sowohl einen Anspruch auf den nach voller Befriedigung seiner Gläubiger etwa bleibenden Ueberrest der Kaufgelder für sein Vermögen, als auch wegen des den Gläubigern wider ihn zuständigen Nachfoderungsrechts ein rechtliches Interesse hat, daß die Concursmasse nicht unter ihrem wahren Werth an den Dritten verkauft werde, so bedarf es allerdings dessen Ein-

willigung in eine solche Privatveräußerung und ihm stünde, wenn selbige ohne seinen Beitritt vollzogen worden wäre, das Recht zu, an den Nachfoderungen der Gläubiger so viel zu kürzen, um wieviel die Gläubiger die Masse zu wohlfeil an den Dritten verkauft hätten.

Solche Verträge der Concursgläubiger mit einem Dritten sondert das angeführte Banquerouteur-Mandat §. 17. z. E. von dem mit dem Gemeinschuldner abzuschließenden pacto remissorio ab und stellt dieselben unter die Rechtsgrundsätze über das pactum plurium überhaupt. Daß hierunter nicht das im Eingange dieser Erörterung erwähnte pactum remissorium zwischen dem Erben und den Erbschaftsgläubigern gemeint seyn könne, giebt die abweichende Natur dieses pacti, welches mit dem Schuldner selbst auf Remiß eingegangen wird, von selbst an die Hand. Daher kann das angeführte Mandat nur auf die Grundsätze über solche Verträge haben verweisen wollen, welche unter Gesellschaftern, Miteigenthümern oder Gemeinheitsgliedern durch Stimmenmehrheit abgeschlossen werden können. Diese gilt aber unter bloßen Gesellschaftern und Miteigenthümern bei Geschäften, welche theilbar und nicht nothwendig sind [5]. Ob nun schon aus der bei Gemeinheiten gültigen Stimmen-Mehrheit sich auf die Gültigkeit einer von der

---

[5]) L. 5. in f. C. de auctorit. praestanda (5. 59.) Cap. 29. de reg. jur. in 6to L. 28. ff. communi divid. (10. 3.) L. 27. ff. de S. P. U. (8. 2.) L. 11. ff. de S. P. R. (8. 3.) Cap. 56. de reg. jur. in 6to. L. 11. et 77. ff. de reg. jur. L. 8. ff. de aqu. et aquae pluv. (39. 3.) Thibaut, Syst. des Pandectenrechts. §. 217 und 224.

Mehrheit der Concursgläubiger mit einem Dritten geschlossenen Veräußerung der Concursmasse, als gemeinschaftliches Eigenthum der Gläubigerschaft, schließen läßt [6]), so sind doch nicht die Foderungen der Gläubiger selbst eine gemeinschaftliche Masse, sondern Eigenthum der Einzelnen, und stehen nicht gegen den Käufer der Concursmasse, sondern nur gegen den Gemeinschuldner selbst zu. Die Minderzahl der Gläubiger muß sich zwar den von der Mehrheit mit dem Käufer verabredeten Kaufpreis gefallen lassen und den Verlust leiden, wenn jener den vollen Betrag ihrer Foderungen nicht deckt, so daß sie, im Verhältnisse zu der verkauften Masse, Procente ihrer Foderungen einbüßt, hingegen kann sie hierbei nicht durch die Mehrheit der Gläubiger genöthigt werden, ihre Foderungen überhaupt, soweit ihr selbige gegen den Gemeinschuldner verbleiben und gegen dessen künftiges Vermögen geltend gemacht werden, aufzugeben oder herabzusetzen und solchergestalt dem Nachfoderungsrechte zu entsagen, als wozu sie nur bei einem mit dem Gemeinschuldner selbst auf Remiß eingegangenen Accord verbindlich würde.

Auf diese richtige Meinung hat das Königl. Sächs. Appellationsgericht, nachdem es in einigen frühern Fällen das Gegentheil angenommen hatte, in **Pleno** erkannt 1833. **P. I. C.** Nr. 3.

---

[6]) Vergl. Geschärftes Banquerouteur-Mandat. §. 22. Mein System des Concursprocesses. §. 34. Note 34.

Berichtigung: Seite 16 in der vorletzten Zeile des Textes ist anstatt: „dessen" zu lesen: „deren".

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Langenn, Friedrich Albert <<von>>,

Erörterungen praktischer Rechtsfragen aus dem gemeinen und sächsischen Civilrechte und Civilprocesse mit Beziehung auf die darüber vom Königl. Sächs. Appellations-Gericht ertheilten Entscheidungen
Bd.: 3

Dresden (1833)

J.rom.m. 601 z-1/3
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10567403-4